9. 3. 255

Digitized by Google

XXIX

Il Cimeccio fù: Amedeo fù Vikor
di anni sessa i di Lui eredi
col Sig.r Avv.o Francesco Ciafi 1748.

IOH. GOTTL. HEINECCII,

Des weiland Königl. Preußl. Herrn geheimden Raths und Prof. iuris ordin. Fridericianæ,

Academische Reden

über

Desselben

ELEMENTA IURIS CIVILIS SECVNDVM ORDINEM INSTITUTIONUM.

Mit Königl. Pohln. und Churfl. Sächßl. allergnädigsten Privilegio.

Franckfurth und Leipzig,
bey Wolfgang Ludwig Springs sel. Erben und Joh. Gottlieb Garbe, Buchhändlern in Franckfurth am Mayn, 1748.

Digitized by Google

Digitized by Google

Vorrede.

Nach Stand und Würden Hochzuehrender Leser.

§. 1.

Ein jeder Lehrer auf hohen Schulen hat gemeiniglich und überhaupt zweierlei Zuhörer, nachdem eines jeglichen Vorsatz und Absicht beschaffen ist. Einige sind bei Anhörung seiner academischen Reden vornämlich dasjenige von ihm zu erlernen gesonnen, wodurch sie sich zum Dienst GOttes und des Vaterlandes so geschickt machen können, daß sie die vernommenen Lehren hauptsächlich bei Verwaltung ihres künftigen Amts und Berufs nutzen mögen: einige aber sind nur darauf bedacht, daß sie desselben Vortrag, als ein Nebenwerck bei ihrem anderweitigen Hauptwercke gebrauchen wollen. Bei dem Haufen der ersteren findet sich wiederum ein zwiefacher Unterscheid, wornach sich einige, als Lehrer in derselben Wissenschaft, welche vorgetragen wird, auf ho-

hen Schulen, und einige, als Verweser ihres bevorstehenden Amtes, ausser den hohen Schulen gebrauchen zu lassen entschlossen sind. In Betrachtung dessen richtet ein weißer Lehrer seinen Vortrag allemal dergestalt ein, daß der gesuchte Nutzen von Seiten seiner Zuhörer, sie mögen von einer Gattung seyn, von welcher sie wollen, nach Wunsch erreichet werden könne: er sey ein Lehrer der Gottesgelahrtheit, der Rechtsgelahrtheit, der Arzeneiwissenschaft, oder der so genannten Weltweißheit.

§. 2.

Was nun insonderheit einen Lehrer der Rechtsgelahrtheit anbetrifft, so muß derselbe in seinen academischen Reden vornämlich darauf bedacht seyn, daß er nicht allein tüchtige Practicos, oder Rechtsverständige, und in den Gesatzen des Vaterlandes geübte Leute, sondern auch geschickte und gründliche Rechtslehrer ziehe, damit es in Zukunft nicht an solchen Männern fehle, welche der vornämsten Jugend eines Landes mit erforderlichem Unterricht zu dienen im Stande sind. Denn er siehet in seinem Hörsaale solche Personen vor sich, welche dereinst die höchsten und wichtigsten Ehrenämter bekleiden sollen: und darunter finden sich auch die so genannten künftigen Doctores und Professores iuris.

§. 3.

Die Abrichtung solcher geschickten und tüchtigen Leute ist eine Pflicht, welche unsere Vorfahren uns zu gute in Obacht genommen haben: und es ist ein Glück für unsere Nachkommen, wenn auch wir dem löblichen Beispiel unserer Vorfahren nachleben. Absonderlich aber ist es bei unserer Teutschen Rechtsgelahrtheit höchstnöthig dafür Sorge zu tragen: weil dieselbe nicht allein sehr weitläufig, sondern wegen der manchfaltigen und unterschiedenen Rechte, wobei oft grosse Verwirrung und Mißverstand angetroffen wird, durch einen gründlichen Vortrag aus einander zu setzen ist, und eben darum mancher geschickte

schickte Kopff durch solche fürchterliche Umstände von dem Vorsatz, künftig einen Rechtslehrer auf hohen Schulen abzugeben, gemeiniglich abgeschreckt zu werden pfleget.

§. 4.

Die Teutsche Rechtsgelahrtheit enthält bekandter Maaßen nicht nur einländische Rechte, sondern auch das ius ciuile Romanum, und das ius canonicum. Die beiden letztern ausländische Rechte haben unterschiedene, bei unsern uralten Vorfahren unbekandte Stücke des Rechts an den Tag gebracht, über deren Zusammenhang auch ihre Gesätze zu Rathe gezogen werden müssen: und sie werden nächst dem in allen andern Fällen, wo unsere Rechtsgewohnheiten und Verordnungen nicht zulangen, als Hülfsmittel betrachtet und angesehen. Es ist dieses die bei aller Welt bekandte Ursach, warum wir Teutschen absonderlich beide Rechte auf hohen Schulen noch zur Zeit treiben müssen, und weswegen in diesem Stück so leicht keine Aenderung zu vermuthen stehet: um so viel mehr wird es dahero nöthig seyn, das Römische Recht besonders in seinem Zusammenhange zu lehren und zu lernen.

§. 5.

Soll aber dieses nach Wunsch bewerckstelliget werden: so muß ein rechtschaffener und gewissenhafter Rechtslehrer die Begriffe dieses Rechts nicht ändern, noch verwerffen, sondern in seinen academischen Reden dergestalt vortragen und auseinander wickeln, wie sie bei den Römern in der That gewesen sind. Hierzu aber gehöret etwas mehrers, als man sich heutiges Tages gemeiniglich einbildet. Denn es ist nicht genug, die Vernunftlehre, das Recht der Natur, und andere Weißheitslehren zu Hülfe zu nehmen, sondern man muß so wol in den Gründen und Lehrsätzen der Stoischen Weltweißheit, als auch in der Beschaffenheit der römischen Landesverfassung, des Hauptgewerbes, der angebornen Eigenschaft der Einwohner,

des Landes und aller derjenigen Umstände, worinnen sich die alten Römer, und die zu ihnen gehörige Völcker befunden haben, eine genaue und tiefe Erkänntniß besitzen, wenn man anders den Namen eines tüchtigen Rechtslehrers in der gelehrten Welt mit der That führen will.

§. 6.

Bei solcher Einsicht ist ein scharfsinniger Ausleger des Römischen Rechts, wo er anders zugleich die Griechische und Lateinische Sprache hinlänglich verstehet, allein im Stande, seinem Beruf nach eines jeden Zuhörers Wunsch und Verlangen Genüge zu leisten. Denn desselben geschickte Anleitung kan nur auf solche Art bei der rechtsbegierigen Jugend den gehofften Nutzen schaffen, daß ein jeder Lehrling von dem Inhalt der Römischen Gesätze den wahren Verstand begreiffen lernet: und wenn er als Lehrer von der abzuhandelnden Sache die eigentliche und richtige Erklärung mittheilet, kan es nicht fehlen, die darin enthaltene Hauptsätze einzusehen, wie auch die daraus fließende Folgerungssätze nach der einer jeden Wissenschafft gemäßen Weise durch reiffes Nachdencken dergestalt vernünftig herzuleiten, daß ein verständiger Zuhörer eine Wahrheit mit der andern zu verknüpffen fähig seyn muß.

§. 7.

Insonderheit aber finden rechtsbeflissene Zuhörer Ursach, die ungemeine Klugheit und den vortrefflichen Witz derer so wohl wegen ihrer sonderbaren Geschicklichkeit in den Wissenschaften, als auch wegen ihrer preiswürdigen Tapfferkeit und Erfahrung in Kriegessachen bei aller Welt berühmten Römer zu bewundern und hochzuachten.

§. 8.

Sind dieselben nun zugleich gute Kenner der Sitten und Gewohnheiten, wie auch der Beschaffenheit ihres eigenen Vaterlandes:

landes: so fällt es ihnen nicht schwer nachzudencken, warum bei ihren Landesleuten an manche römische Rechte nicht einmal hat gedacht werden können; geschweige, daß man solche bei ihnen gäntzlich und schlechterdings durch Zuthun ihrer hohen Landesobrigkeit jemahls ausdrücklich eingeführet habe: weil die Beschaffenheit unserer alten Vorfahren und jetzigen Mitbürger, wie auch des gantzen teutschen Vaterlandes mit dem römischen Zustande in den wenigsten Stücken überein kömmt.

§. 9.

Das Recht eines jeglichen Volcks aber überhaupt und insonderheit beruhet auf seinen besondern zureichenden Gründen; und nach deren Erkundigung muß man einem jeden Rechte, es sey römisch, teutsch, schwedisch, pohlnisch oder russisch, das Lob einer vernünftigen Einrichtung angedeien lassen: weil die gewisse Vermuthung zu machen ist, ein jeder Gesätzgeber habe die Vernunft bei Stellung und Bestimmung des Rechts vor Augen gehabt, und das Wohlseyn des Landes dabei nicht aus der Acht gelassen. Hieraus folget, daß die natürliche Billigkeit, bei einem jeden Gesätzgeber das Richtscheid gewesen sey, wornach man sich bei Maaßgebung der Landesordnungen und Gesätze gerichtet hat: obgleich die besondern Umstände, worinnen sich ein jedes Volck und Reich befindet, zu besondern und unterschiedenen Rechten Gelegenheit und Anlaß gegeben haben, und noch täglich geben können.

§. 10.

Eben daraus ist mit Händen zu begreifen daß man bei einem jeden Volcke unterschiedene Rechte antreffen, und folglich die Rechtsgelahrheit eine gantz andere Gestalt in Italien, als in Teutschland, Pohlen und Rußland an sich haben müsse: weil der Unterscheid der Rechte mit dem Unterscheid der Völcker auf das genaueste verknüpffet und verbunden ist. Es mag aber der Unterscheid zwischen diesen oder jenen Rechte so groß

sehn,

Digitized by Google

ſehn, als er will, ſo kan man deſſen ungeachtet ſich die Einfalt, ich will nicht ſagen, die Thorheit nicht ſo gar übermeiſtern laſſen, das man daraus ein Recht gegen das andere zu verachten, und mit Schmähworten zu verläſtern, ein anders aber mit den gröſten Lobſprüchen heraus zu ſtreichen und allen übrigen vorzuziehen, Anlaß und Gelegenheit nehmen ſollte, weil ein iedes Volck an ſeinen eigenen Geſätzen das beſte Recht findet, und mithin, da die Völcker in Anſehung des Ranges einander gleich ſind, auch ein Recht ſo gut als das andere ſeyn muß.

§. II.

Ein jedes Volck beſtehet und erhält ſich vermittelſt ſeines Rechts bei ſeinem Wohlſtande: und dieſes eben darum, weil man keinem den Gebrauch der geſunden Vernunft abſprechen kan. Nun aber gründet ſich das allgemeine Recht der Natur, deſſen Lehrſätze in allen beſtimmten Landesordnungen zu herrſchen pflegen, auf die geſunde Vernunft: ſo folget demnach von ſich ſelbſt, daß ein jegliches Volck an ſeinen eigenen Geſätzen das beſte Recht haben müſſe. So viel aber muß ſich ein jeder vernünftiger Menſch beſcheiden, daß ein Recht eines Volcks, je künſtlicher deſſen Einrichtung iſt, deſto gröſſere Hochachtung in Anſehung des ungemeinen Witzes und der Verſchlagenheit der daran gebundenen Einwohner des Landes verdiene; weil man ſiehet, wie behutſam und klüglich die Geſätzgeber der ſpitzfindigen Hintergehung der beſtimmten Rechte haben vorbeugen müſſen. Allein dieſes iſt noch nicht hinlänglich, andere Rechte gegen ein tief ausgeſonnenes zu verachten; weil dennoch ein jedes bei ſeinem Volcke übliches Recht in Anſehung der daran gebundenen Einwohner das beſte in demſelben Lande bleibet, es mag ſo ſchlecht und ſo einfältig ſeyn, als es immer will; es iſt ſchon genung, daß dieſelben wegen ihres aufrichtigen Verſtandes und ihrer äuſſerlichen Handlungen kein künſtlichers erfordern.

§. 12.

Digitized by Google

§. 12.

Je künſtlicher aber ein Recht iſt, deſtomehr Geſchicklichkeit erheiſchet es, zumal in fremden Landen auf Seiten eines Lehrers und Auslegers deſſelben: als welcher vor allen Dingen von der Sprache des Geſätzgebers, oder worinnen die Geſätze geſchrieben ſind, eine vollkommene Wiſſenſchaft haben muß. Ein Beiſpiel hiervon findet ſich an dem noch niemals genung ausgeforſchten Rechte des römiſchen Volcks. Denn nicht zu gedencken, daß man unterſchiedene Stellen darinnen finden will, welche einander ſchnur gerade entgegen zu ſeyn ſcheinen, ſo iſt bekandt, daß ſich der Käiſer Iuſtinianus zu Beilegung der unter den unterſchiedenen Hauffen der römiſchen Rechtsgelehrten vorwaltenden Streitigkeiten bei Zuſammentragung ſeines groſſen Rechtsbuches alle mögliche Mühe gegeben hat: und dabei findet ein ſcharfſichtiger Rechtslehrer, welcher die entſchiedenen Sachen nach ihren wahren und eigentlichen Umſtänden erweget, noch immerzu etwas zu erinnern. Nächſtdem giebt es in dem Römiſchen Recht ſolche Stellen, deren Erläuterung aus der Käntniß des Alterthums herzuleiten iſt. Da ſich nun der Zuſtand der Römer zu unterſchiedenenmalen um ein merckliches geändert, und daher das Recht derſelben zum öftern gar ſehr verworffen hat: ſo iſt es freilich geſchehen, daß manches bei der unter Iuſtiniano vorgegangenen Sammlung aus Verſehen der dabei gebrauchten Männer mit untergelaufen iſt, welches wegen der dabei ſtehenden Urſachen, die man entweder nur zum Schein, oder aus Unwiſſenheit des ehemaligen Rechts beigefüget hat, durch Zuthun eines rechtsverſtändigen Lehrers mit groſſen Fleiß herausgewickelt und an das Licht geſtellet werden muß.

§. 13.

Derjenige Rechtslehrer nun, welcher ſeinen Vortrag nach der gehörigen und ordentlichen Lehrart geziemender maſſen einrichten will, und inſonderheit den Zuſammenhang des römiſchen Rechts zu zeigen gedencket, fähret nicht, wie ein zum Zorn gereitzter

reitzter und aufgebrachter Wüterich mit ungestümen Eifer und Ungeduld über die Worte der römischen Gesatzgeber und Rechtsgelehrten her, sondern er überleget derselben eigentlichen Verstand, und die davon bei den Römern üblich gewesene Bedeutung nach der eigentlichen Beschaffenheit ihrer Sprache, als deren Verstand ihm so wohl, als seine eigene Muttersprache bekandt seyn muß. Die Redensarten der Römer klingen daher o in seinen Ohren gar nicht fremde oder dunckel, wie etwa unerfahrne Lateiner darüber gemeiniglich, als über einen der römischen Rechtsgelahrheit höchstbeschwerlichen Fehler gar erbärmlich zu klagen pflegen.

§. 14.

Die Arten der Sprachen sind so unterschiedlich als die Länder und Völcker selbst: wer wollte demnach solchen Unterschied einem jeden Volck besonders als einen Fehler zurechnen? Solcher Vorwurf würde so vernünftig heraus kommen, als wenn eine lüstig gekleidete Italienerin dem Frauenzimmer in Polen, Rußland und Schweden die in Peltzwerck bestehende Kleidertracht verrücken wollte. Man muß alles seiner Art gemäß ansehen, und also auch die Römer wegen ihrer eigenen Art im reden und schreiben keinesweges tadeln. Sie haben nicht Ursach gehabt in ihrer Sprache eine andere Weise anzunehmen, als sie wircklich gebrauchet haben: genug, daß ein Römer den andern hat verstehen können, und daß sie bei ihrer alten Rechtssprache nicht so faul, wie wir Teutschen bei der unsrigen gewesen sind. Solches bezeugen die häufigen und zum Theil noch vorhandenen Schriften ihrer Grammaticorum, Rhetorum und Oratorum, ja selbst die von Iustiniano herrührende grosse Sammlung der alten rechtsgelehrten Schriften, welche am Ende der Pandekten zwei besondere Abhandlungsnamen, nämlich de Verborum Significatione und de Diuersis Regulis iuris, in sich enthält. Und daraus ist sattsam abzunehmen, die Rechtsgelehrten der alten Römer haben es bei ihrer Wissen-

schafft

schafft daran gar nicht fehlen lassen, daß man ihr Recht zu verstehen, und aus ihren Schriften zu erlernen fähig seyn möge: mithin hat man sie mit Fug und Recht keiner Faulheit und daher entstandener Undeutlichkeit bei ihrer Sprache und Ausdrückung in Schreiben zu beschuldigen Ursach.

§. 15.

Ein jeglicher denecke dannenhero bei sich weiter nach, an wem die Schuld liegen müsse, daß ihm die römische Sprache so gar undeutlich vorkommt. Er schiebe die Ursache dieses Fehlers nicht so gleich auf den Landesherrn, als welcher nur Gottesgelehrte und keine rechtsverständige Lateiner in die Schulämter einsetzen lässt. Mancher hätte wohl auf der Stadtschule bei seinem Rectori so viel Latein lernen können, daß er sich nach und nach hätte unterstehen dürfen, ein rechtsgelehrtes Handbuch vor sich zu nehmen, worinnen die Kunstwörter der Rechtsgelahrtheit enthalten sind, und die der Verfasser so deutlich vor Augen geleget hat, daß eines jeden eigener Fleiß dabei nicht vergeblich angewendet seyn darf, wenn er nur eine mässige Zeit sein eigener Lehrmeister zu seyn fortfahren will. Auf solche Art würde man mit besserm Nutzen die academischen Reden grosser Rechtslehrer anhören können. Es würde uns nicht leicht etwas entwischen, das zu Erläuterung dunckeler Stellen in den römischen Gesätzen erfordert wird. Man würde die rechtsgelehrten Meister wegen schwerer Rechtspunkte zuversichtlich in ihren Schriften um Rath fragen können: und alsdenn würde man von Francisco Hotomanno und Dionysio Gothofredo z. E. gar leicht erfahren, worauf die römischen Rechtsgelehrten ihren bekandten Weidespruch: nemo potest pro parte testatus, pro parte intestatus, decedere, gegründet haben. Zudem kan man durch eigenes Nachdencken manchen schwerscheinenden Verstand eines Gesätzes erforschen. Denn wenn es z. E. in *L. 10. D. de capit. minutis* heißt: Habitatio in facto potius, quam in iure consistit: so giebt es die gesunde Vernunft, wer zu Rom

de iure, und wer hingegen de facto daselbst gewohnet habe, warum auch mithin nach dem römischen Recht Seruitus habitationis durch capitis deminutionem nicht hat verloren werden können. Und allen Falls wenn auch ein Lehrbegieriger bey seiner Rechtsgeflissenheit, er sey annoch ein Lehrling oder bereits ein Lehrmeister in der Rechtsgelahrtheit, so gar hülflos zu seyn scheinet, so kan man sich mit Zuziehung unserer gelehrten Ausleger der Gesätze, wie auch mit Hülffe der vortrefflichsten Wörterbücher und Glossariorum aus allen Zweifelsnöthen herausreissen, wenn man sich nur die Mühe selbige aufzuschlagen und nachzulesen nicht verdriessen läßt.

§. 16.

Ein erfahrner und rechtsgeübter Lehrer, welcher hiernächst die besondern Sitten, Rechte und Gewohnheiten eines jeden Volcks insonderheit nach ihren Grundsätzen genau hat einsehen lernen, vergehet sich keinesweges so weit, daß er sich alle Arten der rechtlichen Wissenschaften der alten Römer und der Teutschen über einen Leisten zu schlagen, mit einander zu verbinden, und auf solche Weise ein Mengsel des teutschen und römischen Rechts nach der bekandten mathematischen Lehrart anzustellen unterfangen sollte. Diese Weise zu lehren lässet sich nicht so gar mißbrauchen, daß sie uns in Verknüpffung gantz unterschiedener und oft widersinniger Rechte behülflich seyn sollte. Die Lehrsätze und Vernunftschlüsse der rechtlichen Wissenschaft eines jeden Volcks sind obgedachter maassen so unterschiedlich, als wie die Völcker selbst. Dannenhero findet sich auch bei einem jeden Volck ein eigenes und besonderes Lehrgebäude der Rechtsgelahrtheit: wie wollte man nun ein wahres sogenanntes Systema des römischen und teutschen Rechts zugleich füglich vermuthen können? Man hat ja eben deswegen schon vorlängst wahrgenommen, daß sich wegen geschehener Einführung des römischen und päbstlichen Rechts ein schlechter Zusammenhang in der teutschen Rechtsgelahrtheit findet, als worüber sonderlich in

diesem

diesem Jahrhundert die gröſten und scharfſinnigſten Rechtsgelehrten Klagen genug angeſtimmet haben, und noch täglich anſtimmen müſſen.

§. 17.

Bei ſo geſtalten Sachen iſt leicht zu ermeſſen, was ein kluger und geſchickter Rechtslehrer für eine Weiſe vor die Hand zu nehmen habe, wenn er den Anfängern in der Rechtsbefliſſenheit pflichtmäſſig zu Hülfe kommen will. Er betrachtet vornämlich, worauf ſeine Arbeit gerichtet ſeyn muß. Will er nun ſeinen Zuhörern das römiſche Recht in ſeinem Zuſammenhange vortragen, und nach deſſelben Veranlaſſung zugleich zeigen, wie ſich der Rechtsgebrauch in der vorhabenden Sache bei den Teutſchen verhält: ſo nimmt er das römiſche Recht nach der Ordnung der Juſtinianiſchen Inſtitutionen vor ſich, als in welchen die natürlichſte Ordnung deſſelben enthalten iſt, und unterläßt nicht zu melden, was man nicht nur aus ſolchem Rechte bei uns angenommen hat, ſondern auch was im übrigen die teutſchen Geſätze bei der abgehandelten Sache in dieſen und jenen Fall beſonders verordnen. Hiermit wird ſeiner Amtspflicht diejenige Genüge geleiſtet, weswegen ſich ſeine Zuhörer insgeſammt zu ſeinen Füſſen geſetzet haben.

§. 18.

Daß nun der weiland Königlich Preuſſiſche Herr Geheimde Rath HEINECCIVS ſolches vollkommen eingeſehen, und auch in der That gantz vortrefflich beobachtet habe, ſolches können nicht allein die annoch lebenden groſſen Männer, welche deſſen Lehrlinge geweſen ſind, mit Grund der Wahrheit darthun, ſondern ein ieder verſtändige Schriftrichter kan es auch von der Abfaſſung deſſen Elementorum iuris ciuilis ſecundum ordinem Inſtitutionum mit aller Freimüthigkeit bezeugen. Das übergedachte Elementa von dem ſel. Herrn Geheimden Rathe gehaltene Collegium übertraf daher an den übermengten Zulauf der

Zuhörer, die sich jederzeit auf etliche hundert belieffen, alle seine übrigen Collegia, welche doch sonst ebenfalls mit der grösten Aufmercksamkeit häuffig gehöret wurden. Dieser vortreffliche Meister der Rechtsgelahrtheit sahe im gedachten Collegio vor seinem Lehrstuhle die vornähmsten Jünglinge aus Teutschland, Dännemarck, Schweden, Pohlen, und Rußland. Er war zur Rechten und Lincken mit solchen Zuhörern umgeben, welche bereits ihren Fuß an die Stuffen gesetzet hatten, auf welchen sie die höchste Würde beider Rechte zu erhalten gesonnen waren, und von welcher Beispiel man untrüglich überzeuget wurde, es werde in diesem Collegio Institutionali etwas rechts vorgetragen, worinnen sich auch die im Rechten geübtesten Leute erbaueten, und dessen Anhörung auch die ältesten Rechtsbeflissenen Zuhörer auf keine Art gereuen konnte.

§. 19.

Gegenwärtige Feder ist andere grosse Verdienste des sel. Herrn Geheimden Raths mit den gebührenden Lobsprüchen, nach Würden zu erheben annoch unvermögend, und hält sich deswegen aus eigener Erfahrung an das in der gelehrten Welt bereits erschollene Zeugniß der Wahrheit, es sey der selige Heineccius einer der geschicktesten Rechtslehrer gewesen, die Teutschland jemals gesehen hat, und es stehe dahin, ob man sich künftig seines gleichen zu vermuthen habe. Denn ausser der unter den Rechtsgelehrten sonst seltsamen Wissenschafft der Morgenländischen Sprachen war er ein ungemeiner Kenner der teutschen und römischen Alterthümer. Dessen Begierde auswärtigen und inländischen Gelehrten sowol, als seinen lehrbegierigen Zuhörern nutzbar zu seyn, reitzte ihn zu solchen Mühwaltungen an, wodurch er seine unvergleichliche Erkäntniß und Wissenschaft in seinen ruhmwürdigen Schriften auf die geschickteste Weise mittheilete und an den Mann brachte. Und solches bezeugen insonderheit dessen Antiquitates Romanae, Elementa iuris Germanici tum veteris tum hodierni, wie nicht

weniger

weniger deſſelben Commentarii über Barn. Briſonii de Verborum Significatione, über Legem Papiam Poppaeam, über das Edictum Perpetuum, und deſſelben Anmerckungen über Vinnii Commentarium ad Inſtitutiones Iuſtiniani, anderer herrlichen Schriften zu geſchweigen.

§. 20.

Ungeachtet nun die Zunge und Feder dieſes groſſen Mannes in der Sprache an ihn einen gebornen Römer vorſtelleten, ſo wuſte er dennoch auch in der teutſchen Sprache ſeinen mündlichen Vortrag dergeſtalt einzurichten, daß man ihm mit der gröſten Aufmerckſamkeit zuhörete, und gleichſam erſtarrete, wenn er die eröffneten Lehrſätze aus den alten griechiſchen, lateiniſchen und teutſchen Schriftſtellern auf eine unerwartete und deswegen ungemeine Art erläuterte, weil man bei andern Lehrern eine ſo unvergleichliche Beleſenheit in den Collegiis zu vernehmen nicht gewohnt war. Daher verlohnte es ſich der Mühe, den gelehrten Vortrag dieſes groſſen Lehrers von Mund aus nachzuſchreiben, um dadurch dem Gedächtniß, welches mit gelehrten Sachen faſt überhäufet wurde, in etwas zu Hülfe zu kommen.

§. 21.

Eben daher rühren ſolchemnach unter andern nach dem ſeeligen Hintritt des Herrn Geheimden Raths bereits herausgegebenen Collegiis deſſelben auch dieſe academiſche Reden über die *Elementa iuris ciuilis ſecundum ordinem Inſtitutionum.* Man hat ſolche um ſo viel weniger der lehrbegierigen Jugend länger mißgönnen wollen, je gröſſerer Nutzen für dieſelbe daraus zu hoffen ſtehet. Denn es iſt darinnen nicht allein der gantze mündliche Vortrag unſers in GOtt ruhenden Lehrers über gedachtes Handbuch enthalten, ſondern man hat ſich auch mit allen Fleiß angelegen ſeyn laßen, die eigentlichen

Worte

Worte der darinn angeführten Schriftsteller dergestalt anzuführen, daß der geneigte Leser Zeit und Kosten auf Anschaffung und Nachschlagung der angeführten Bücher mit Verdruß und Beschwerlichkeit, sonderlich auf hohen Schulen zu verwenden, nicht Ursach haben wird.

§. 22.

Hiernächst ist man durchaus auf eine deutliche Schreibart und Richtigkeit der Lehrsätze so wohl als der angeführten Oerter beflissen gewesen. Ja endlich hat man es auch nicht an einem hinlänglichen Verzeichniß und Register der hierinn enthaltenen Sachen ermangeln lassen, damit ein begieriger Leser bedürfenden Falls dasjenige, was er in Eilfertigkeit aufzuschlagen begehret, richtig und gewiß finden könne. Uebrigens wünschet man aus aufrichtigen Hertzen, GOtt wolle diese wohlgemeinte Mühwaltung an der lehrbegierigen Jugend, welche fast auf allen hohen Schulen in Teutschland die berühmtesten Lehrer über viel gedachtes Heineccianisches Handbuch lesen höret, zum besten des lieben Vaterlandes und zum beständigen Andencken des Hochverdienten Verfassers unverrückt gesegnet seyn laßen, und es insonderheit mit der Königlich Preussischen Friedrichs Universität so schicken und fügen, daß es ihr zu keiner Zeit an tüchtigen und weltberühmten Lehrern fehlen möge! Hiermit empfielet man sich der hochschätzbaren Gewogenheit des geneigten Lesers, und erbiethet sich zu fernern Diensten. Den 20. April 1748.

Digitized by Google

J. G. HEINECCII

Academische Reden

über die

ELEMENTA IVRIS CIVILIS

SECVNDVM ORDINEM INSTITVTIONVM.

Vorbericht.

Unser Vorsatz ist, daß wir in diesem Collegio, welches GOTT segnen wolle, die Anfangs-Gründe der Rechts-Gelahrtheit vortragen wollen. Wir werden darin unsern Zuhörern mit aller Treu und Fleiß die Rechte vortragen; und wenn dieselben mit uns gleichen Fleiß anwenden wollen: so ist kein Zweifel, daß sie vielen Vortheil davon ziehen werden. Wir finden aber für nöthig, ehe wir zur Sache selbst gehen, dreierlei zu erinnern: 1) Daß die Zuhörer fleissig seyn, und vorsetzlich keine Stunde versäumen. Denn unser Buch, welches wir hier zum Grunde legen, ist dergestalt geschrieben, daß es wie die Glieder an einer Kette an einander hänget: und daß derjenige, welcher das vorhergehende nicht verstehet, das folgende, so daraus flicsset, noch weni-

ger verſtehen wird. Wer dieſes nicht beobachten wird, bei dem wird es eben ſo viel ſeyn, als ob er niemals unſern Collegio beigewohnet hätte 2) Können wir auch nicht umhin zu erinnern, daß wenn unſere Zuhörer aus dieſen Vorleſungen Nutzen ziehen wollen, dieſelben ja das Corpus Iuris civilis zur Hand nehmen mögen. Denn da öfters die leges angeführet werden, und unter dieſen viele wichtige müſſen nachgeſchlagen werden: ſo ſiehet ein ieder leicht den groſſen Nutzen ein, welchen ein neuangehender Studioſus juris davon zu hoffen hat, wenn er ſich in Zeiten die Nachforſchung und Nachſuchung der Geſätze angelegen ſeyn läßt, und ſich das Corpus Juris bekannt macht. Studioſi juris können ſich das Corpus Iuris nicht beſſer und leichter bekannt machen, als wenn ſie unter der Anführung ihrer Lehrer in den Collegiis die Leges ſelbſt nachſuchen, und für ſich auf ihren Studier-Stuben fleißig wiederholen. 3) Iſt noch dieſes zu erinnern, daß diejenigen, welche in der Rechts-Gelahrtheit zu einer ſoliden Gelehrſamkeit zu gelangen gedencken, ſich wohl rathen werden, wenn ſie bei Wiederholung dieſes Collegii unſere Antiquitates Romanas zur Hand nehmen: weil wir darin dasjenige, welches dem Zuſtand und Verfaſſung der Römiſchen Republik gemäß, kürtzlich abgehandelt haben. Sodann wird es auch wohl gethan ſeyn, des ſel. HVBERS *Prælectiones ad Inſtitutiones*; oder ARNOLDI VINNII *Commentarium ad Inſtitutiones* mit unſern Zuſätzen nachzuleſen. Mit Leſung mehrerer Bücher wollen wir junge Leute nicht beläſtigen, und ihre Gedult ermüden. Nachdem dieſes zum voraus geſetzet worden: ſo wollen wir uns zu dem Prooemio wenden, und hierin dem Keiſer *Juſtiniano* folgen, welcher dergleichen ſeinen Inſtitutionibus vorgeſetzet hat, in welchen er die Urſachen angegeben, die ihn bewogen, die Geſetze zuſammen tragen zu laſſen. Es hat zwar SENECA geſagt, *quod nihil frigidius ſit, quam lex cum prologo*: und es würde freilich beſſer geweſen ſeyn, wenn der Keiſer geſetzet hätte, Sanctio oder Promulgatio: gleichwohl aber, da es einmal geſetzet iſt, ſo müſſen wir es auch dabei bewenden laſſen, und haben keine Urſache darüber zu critiſiren. Wir wollen nun aber das Prooemium ſelbſt anſehen.

PROOEMIVM.

In dem *Prooemio*, welches wir unſern *Elementis ſecundum ordinem Inſtitutionem* vorgeſetzet, haben wir von dem Corpore iuris, welches der Keiſer *Juſtinianus* zuſammen tragen laſſen, gehandelt, und dabei unſere Abſicht auf viererlei gerichtet. Zum erſten werden die Bewegungs-Grün-

Gründe angeführet, warum der Keiser *Iuſtinianus* dieſes Rechts-Buch verfertigen laſſen, wovon im §. 1. und 2. gehandelt wird. Zweitens betrachten wir den Urheber, auf deſſen Befehl das Corpus iuris zuſammengetragen worden §. 3. und 4. Drittens handeln wir von deſſelben Theilen und denjenigen Büchern, aus welchen daſſelbe gezogen iſt, welches von §. 5. bis zum 14. geſchiehet. Und endlich viertens zeigen wir die Gültigkeit eines ieden Buchs insbeſondere, als auch des gantzen Werckes überhaupt, von §. 15. bis 17.

§. 1. Was die Urſachen betrift, welche den Keiſer *Iuſtinianum* bewogen, das Corpus iuris zuſammen tragen zu laſſen; ſo werden derſelben vornemlich zwo angeführet: 1) Die groſſe Menge der Römiſchen Geſetze, wovon im §. 1. geredet wird. 2) Das vergebliche Unternehmen anderer, welche dieſes Werck vor unſern Keiſer Iuſtiniano zu Stande zu bringen geſuchet haben, wovon §. 2. handelt. Und von dieſen beiden Stücken ſoll nun ein wenig ausführlich gehandelt werden.

Das Römiſche Recht war zu den Zeiten des Keiſers dergeſtalt aufgeſchwollen, daß faſt kein freyer Menſch ſich in dieſe weitläuftige Wiſſenſchaft mehr wagen wolte. LIVIVS *lib. III. cap. 34.* nannte daſſelbe ſchon zu ſeiner Zeit, *immenſum aliarum ſuper alias acervatarum legum cumulum*, und EVNAPIVS *in vita Aedes.* p. 92. *multorum camelorum onus*: welches auch nicht zu verwundern, wenn man bedencket, wie viele Leges, Plebiſcita, Edicta Praetorum et Aedilium, Reſponſa Prudentum, Senatusconſulta, Reſcripta et Conſtitutiones Imperatorum zum Vorſchein gekommen, zu geſchweigen der Wercke der berühmteſten Juriſten, welche in denen Gerichten groſſes Anſehen hatten, und deren zu Zeiten des Keiſer *Iuſtiniani* beinahe zwei tauſend vorhanden waren, wie dieſes der Keiſer *Iuſtinianus* L. 2. §. 2. *Cod. de vet. iure enuel.* bezeiget. Bei ſogeſtallten Sachen wolte ſich freilich niemand mit den Rechten abgeben, weil alles dahin einſchlagendes zu leſen eines Menſchen Alter nicht würde hinlänglich geweſen ſein. *Conſt. Tanta §. 1. de confirm. Digeſt.* Und daher hat MAMERTINVS *in Panegyr. cap.* XX. billig dieſe Klage geführet: *Iuris ciuilis ſcientiam, quae Manlios, Scaeuolas, Seruios, in ampliſſimum dignitatis gradum euexerit, libertorum artificium dici.* Und ASTERIVS, welcher zu Ausgang des fünften Jahrhundert gelebet hat, gedencket in *Homilia* VII. bei PHOTIO in *Biblioth. Cod.* CCLXXI. eines Scythiſchen Knechtes, welcher die Rechte gelehret, und deſſen Lehren er ſelbſten beigewohnet. Und daher iſt es eben gekommen, daß um dieſelbe Zeit ſolche elende Rechtsgelehrte gefunden werden, von welchen AMMIANVS MARCELLINVS

lib. XXX. *cap.* 4. in gar lächerlichen Umſtänden gehandelt hat. Weil nun der Keiſer *Iuſtinianus* dieſe Unbequemlichkeit und Verwirrung wohl einſahe: ſo glaubte er, es würde ſehr gut ſeyn, und nicht allein der Rechtsgelahrtheit ſelbſt, ſondern auch ſeinem Reiche zu groſſen Vortheil gereichen, wenn er die aufgeſchwollenen Rechte abkürtzte, und dieſelben in ein kurtzes Compendium brächte: worin er ſonderlich die göttliche Hülffe erhebet in *princ. Conſt. Tanta, de Confirm. Digeſt.*

§. 2. Wir haben alſo die erſte Urſache des zuſammengetragenen Corporis Iuris betrachtet: es folget nunmehro die zweite, welche darin beſtehet, daß nemlich etliche vor *Iuſtiniano* dieſes Werck zwar angreiffen wollen, ihr Unternehmen aber keinen Fortgang gehabt hat. Der erſte iſt ohne allen Zweifel *Cicero* geweſen, welcher die Rechte zuſammen tragen wollen, deſſen Buch AVLVS GELLIVS *lib. I. Noct. Attic. c.* 22. anführet, und davon er ſelbſt in dem Buche *de Oratore lib.* I. *cap.* 42. einen Entwurf gemachet. Sed in ſpongiam incubuit hic Ciceronis Aiax. Der andere, welcher eben dieſen Entſchluß gefaſſet, aber damit nicht fortgekommen, iſt der groſſe *Pompeius* geweſen, wenn nur anders wahr iſt, was ISIDORVS *lib. V. Orig. cap. 1.* und aus ihm GRATIANVS *can vlt. Diſt.* 7. davon aufgezeichnet hat. Dieſer ſagt von ihm: *leges autem redigere in libros primus conſul Pompeius inſtituere voluit, ſed non perſeverauit, obtrectatorum metu.* Wiewol da *Iſidorus* ein Scriptor des ſechſten Jahrhunderts iſt, und die alten Geſchichtſchreiber davon gäntzlich ſtille ſchweigen: ſo will es bedencklich fallen, dieſen eintzigen Zeugniß Glauben zu geben. Gewiſſer iſt, daß *Iulius Caeſar* darauf bedacht geweſen, eine Collection der Rechte zu machen, wie dieſes SVETONIVS *in vita Iulii Caeſaris c* 44. ausdrücklich bezeuget. Allein ſein bald darauf erfolgter gewaltſamer Tod machte dieſes Unternehmen zu nichte. Es glauben einige, daß auch *Conſtantinus M.* gleiche Gedancken geheget habe, BEYER *Poſit. ad Digeſt. p.* 146. allein wir leſen davon nichts bei den alten Geſchichtſchreibern. Was nun aber dieſen Leuten nicht möglich geweſen, daſſelbe iſt endlich dem Keiſer *Flauio Iuſtiniano* gelungen, als welcher dieſes ſo oft verſuchte Werck angegriffen und auch glücklich zu ſtande gebracht: Dahero derſelbe auch von ſich in That und Wahrheit rühmet *in princ. Conſt. Tanta, de confirm. Digeſt. ſe perfeciſſe iuuante Deo, quod nemo ante ſuum imperium vnquam ſperauerit, neque humano ingenio poſſibile eſſe penitus exiſtimauerit.* Doch es giebt einige, welche darüber Klage führen, daß dieſe wichtige Sache von *Iuſtiniano*, und nicht vielmehr von *Caeſare* zu ſtande gebracht worden, als welcher, da er in allen Arten der Gelehrſamkeit ſich hervor gethan, ein viel ſchöneres Corpus Iuris würde geliefert haben, als dasjenige iſt, welches wir *Iuſtiniano* zu dancken haben. Wir müſſen auch bekennen, daß wenn *Caeſar*

der-

dergleichen Corpus iuris verfertiget hätte, ſelbiges viel ſchöner, deutlicher, ordentlicher und gelehrter würde erſchienen ſeyn: wir müſſen aber dabei auch geſtehen, daß daſſelbe alsdenn nicht ſo nützlich und geſchicklich auf unſere Gerichte würde geweſen ſeyn. Denn ſolches Corpus Iuris hätte nur die alten Römiſchen Rechte in ſich enthalten können: dahingegen das neue, quod hodie in ipſis rerum argumentis obtinet, erſt nach den Zeiten *Iulii Caeſaris* eingeführet worden. Und alſo würde jenes in unſern foris nicht den geringſten Nutzen haben können. Ja wir würden auf ſolche Weiſe der ſchönſten Schriften der alten Juriſten, *Papiniani*, *Iulii Paulli*, *Caii*, *Vlpiani* u.a.m. ſeyn beraubet worden. Dahero haben wir es gleichſam für eine göttliche Schickung anzuſehen, daß endlich der Keiſer *Iuſtinianus* in dem ſechſten Jahrhundert, und da ſich das Römiſche Reich zu ſeinem Verfall neigete, dieſes Werck unternommen hat. Wir haben durch dieſe Vorſorge einen köſtlichen Schatz der neueſten Rechte, und dabei die Ueberbleiſel aus den Büchern der gröſten und berühmteſten Rechts-Gelehrten erhalten. Wir tractiren dieſe Rechte auf den Univerſitäten, deren Gebrauch wir in foris erfahren. Gegen *Iuſtinianum* haben geſchrieben HOTOMANNVS *in Antitriboniano*, und THOMASIVS *in naeuis iurisprudentiae Anteiuſtinianeae*, welche ſich alle Mühe gegeben, den Keiſer Iuſtinianum und deſſen Corpus Iuris durch die Hechel zu ziehen.

§. 3. Bisher iſt der erſte Theil des *Prooemii* abgehandelt worden, worin wir die Urſachen angeführet haben, welche den Keiſer *Iuſtinianum* bewogen, das Corpus Iuris zuſammentragen zu laſſen: wir wollen nun den andern Theil vor uns nehmen, worin wir etwas von dem Urheber dieſes Wercks reden wollen. Es iſt dieſes Corpus Iuris auf Befehl des Keiſers *Iuſtiniani* verfertiget worden, von deſſen Geburt, Regierung und Eigenſchaften in §. 3. von ſeinen Thaten aber in §. 4. gehandelt wird. Dieſer Iuſtinianus hat den höchſten Gipfel aller menſchlichen Glückſeligkeit erreichet, ob er gleich ein Illyrier und von ſchlechter Herkunft geweſen. Denn als deſſen Vetter *Iuſtinus*, welcher ſonſt ein Sauhirte geweſen, in den Soldaten-Stand ergriffen, und alle Chargen durchgegangen, daß er endlich gar Keiſer geworden: ſo wurde unſer *Iuſtinianus*, als ſeiner Schweſter-Sohn, von ihm adoptirt, und zum Reichs-Genoſſen, oder wie man damals redete, zum nobiliſſimo Caeſare ernennet. Nach *Iuſtini* erfolgtem Ableben bekam er das Regiment gantz allein, welches er beinahe gantzer viertzig Jahr geführet, und faſt alle ſeine Vorfahren an Glück und Ehre wegen ſeiner groſſen Thaten übertroffen hat. Von dieſes Herrn Sitten und Aufführung, ſind die Urtheile ſo wohl der alten als neuen Scribenten ſehr unterſchieden. Faſt alle alte und neue erheben ihn bis an Himmel: nur diejenigen, welche dem

Römischen Pabst anhangen, finden an ihn viel zu tadeln. Unter den alten ist *Procopius*, welcher von *Iustiniano* alles böse geschrieben, und also möchte es wohl scheinen, daß dieser damals lebende Schriftsteller die Wahrheit nicht würde verschwiegen haben. Allein kein Mensch ist ohne Fehler, und also auch *Iustinianus* nicht. Daß aber der hier angeführte *Procopius* in seinen *Anecdotis* oder *Historia arcana, Iustiniano* allerlei Laster andichtet, solches kömmt daher. *Procopius* war ein Bedienter an des Keisers Hofe, und beschrieb die Thaten dieses grossen Keisers. In den Büchern *de bello Gothico, de bello Persico, de bello Vandalico, de aedificiis Iustiniani*, erhebt er den Keiser bis an den Himmel: als er aber in Ungnade fiel, schrieb er die Ἀνέκδοτα, oder *Historiam arcanam*, in welchen Laster-Buche er dem Keiser die gröbsten filouterien Schuld giebt, dessen Gemahlin aber die Theodoram zur ärgsten Coquette macht. Daß man also daraus gar leicht ermessen kan, es müsse *Procopius*, weil er sich selbst widersprochen, entweder ein grosser Flatteur, oder ein grosser Calumniant gewesen seyn. Daß er aber die Person des letzten vorgestellet, ersiehet man daraus, daß er gleichgültige Dinge an *Iustiniano* zum Laster zu machen sucht, z. E. daß *Iustinianus* im Gesicht roth gewesen, daß er Esels-Ohren gehabt, daß er dem Tyrannen Domitiano gleich gesehen, u. d. m. ja man kan darauf schwören, daß *Procopius* von *Iustiniano* Sachen erzehlet, die er selbst nicht geglaubt: wohin gehöret, daß *Iustinianus* von einem daemone incubo soll seyn erzeuget worden. Dieses *Procopii anecdota* haben lange Zeit in obscuro gelegen, bis endlich *Nicolaus Alemannus*, ein gelehrter Grieche und Bibliothecarius im Vatican zu Rom, solche mit seinen eigenen Noten heraus gegeben, worin er mit *Procopio* gleichfalls auf *Iustinianum* losziehet. Nachgehends hat man ihn auch vor gantz ungelehrt gehalten, und sich auf *Suidae* Zeugniß gegründet. Dieser Mann ist Ursache daran, daß man *Iustinianum* für einen Mann gehalten, welcher weder schreiben noch lesen können. Denn er sagt in *Lexico Tom. II. p.* 128. *ex edit. Küsteri voce.* Ἰουστινιανὸς: *Valde quidem orthodoxus; sed omnium literarum imperitus;* allein KVSTERVS *ad h. l.* wie auch SCHVRTZFLEISCH in *Epist. select.* 591. erinnern gar recht, daß man *Iustinum* und *Iustinianum* confundire, und sey es allein von *Iustino* zu verstehen, als welcher nicht schreiben konte, sondern wenn etwas zu unterschreiben kam, so wurde ihm ein Bretgen gegeben, in welchen sein Name geschnitten, da er denn unterschrieb, oder es führete ihm einer die Hand; wie wir solches finden bei NATALI ALEXANDRINO in *Hist. Eccles. Saec. VI. p. m.* 426. Aber unser Keiser *Iustinianus* M. war ein gelehrter Herr nach dem Zustande der damaligen Zeiten, und gelehrter, als es von einen solchen Monarchen erfordert wurde. Der Herr Canzler von Ludewig hat in *Vita Iustiniani M.* diesen Herrn so wol,

wol, als seine Gemahlin, die Theodoram, wieder alle Feinde und Lästerer defendiret, und ihnen das Maul gestopfet. Andere Schutz-Schriften haben verfertiget GABRIEL TRIVORIVS *in Observatione Apologetica*, IO. CHIPLETIVS *de iuris vtriusque Architectis*, welche in T. I. *Thesauri Iuris* stehen; THOMAS RIVIVS *in defensione Iustiniani*, *Francof.* 1628. 8. IO. EICHELIVS *in Animaduersionibus ad Procopium*, *Helmstadi* 1654. 4. Dieser Keiser *Iustinianus* ist den 5. Mai geboren, wiewol man das Jahr so eigentlich nicht anzeigen kan. Sein Vaterland wird Agridum oder Agrida genennet, so eine Stadt, welche zwischen Macedonien und Illyrien gelegen gewesen, und die er hernach zur Haupt-Stadt gemacht, und Iustinianam primam genennet hat. PROCOPIVS *de aedificiis Iustiniani* p. 197. seqq. Sein Vater hieß Istock, im Lateinischen Sabatius, die Mutter aber Biglenitza oder Vigilantia: wie denn auch dessen Schwester, welche eine Mutter des Keisers *Iustini iunioris* gewesen, diesen Namen geführet hat. Er selbst hieß anfangs Vprauda, das ist, Erectus, Aufrecht oder Obrecht. Wovon NICOLAVS ALAMANNVS *ad Procopium p.* 68. *et seqq.* mit mehrern handelt.

§. 4. Es hat aber dieser Keiser *Iustinianus* vortrefliche Thaten gethan. Es lebte derselbe zu der Zeit, da das Römische Reich von den Barbarischen Völckern war entsetzlich mitgenommen worden. Italien, Spanien und einen ziemlichen Theil von Gallien besassen die Gothen, das übrige Gallien hatten die Francken, Africa gehörte den Wandalern, und den Morgenländischen Keiserthum droheten die Perser den Untergang. Allen diesen Völckern hat *Iustinianus* männlichen Widerstand gethan. Denn er brachte die Perser dahin, daß sie musten Ruhe halten, nachgehends bezwang er auch die Wandaler. Diese hatten denjenigen Strich Landes in Africa, welchen wir heut zu Tage die Barbarei nennen, unter ihren Anführer, dem *Genserico*, in Besitz genommen, und daselbst ein eigen Reich angeleget. Da nun *Iustinianus* zur Regierung kam, so nahm er sich für, die dem Römischen Reiche entzogene Provintzen wieder unter seine Bothmäßigkeit zu bringen; schickte derohalben eine Armee unter Commando seines Feldherrn des *Belisarii* nach Africa, welcher auch den letzten König der Vandalen, Gilimer, glücklich gefangen nahm, und also diesem Reiche, welches in die hundert und funfzig Jahre gestanden hatte, ein Ende machte, und diese Provintz dem Römischen Reiche wieder einverleibete. Den Gothen in Italien und Sicilien gieng es nicht besser, indem ihr Reich ebenfalls zerstöret ward. Und mit diesen Thaten weiß sich der Keiser ungemein viel, da er dieselben bellicos sudores und triumphos nennet. Es kommen auch daher die prächtigen Titel, welche gedachter Keiser führet. Diese zeigen nicht etwa die Länder an, welche er besessen, sondern die Völcker, mit denen er glück-

glückliche Kriege geführet, welche Weiſe auch bei ſeinen Vorfahren gebräuchlich geweſen, wovon IVLIVS CAPITOLINVS *in Marco Antonino cap. 9.* alſo ſchreibet: Geſtae ſunt res in Armenia proſpere per Statium Priſcum Artaxatis captis, delatumque Armeniacum nomen utrique principum. Quod Marcus per verecundiam primum recuſauit, poſtea tamen recepit. Profligato autem bello, uterque Parthicus adpellatus eſt, ſed hoc quoque M. delatum nomen repudiauit, quod poſtea recepit. So ſchreibet auch AELIVS SPARTIANVS *in Caracalla cap. 5.* Quum Germanos ſubegiſſet, Germanicum, ſe adpellauit. Vel ioco vel ſerio, ut erat ſtultus et demens, adſerens, ſi Lucanos viciſſet Lucanicum ſe adpellandum. Daher hat PAGANINVS GAVDENTIVS *de Iuſtinianei ſaeculi moribus* gar keine Urſache gehabt, daß er *Iuſtinianum* deshalb getadelt, weil er ſo viele Titel angenommen. Denn *Iuſtinianus* nennete ſich von den bezwungenen Völckern Gothicum, Vandalicum, Africanum und Alanicum. Sodann ließ er ſich auch Anticum tituliren, wofür der Baron von SPANHEIM *de uſu & praeſtantia numiſmatum diſſ. XII.* §. 12. p. 544. T. II. Ponticus leſen will, weil Iuſtinianus die Lazos, Abasgos und Tzanos, welche an dem ſchwartzen Meere wohneten, bezwungen. Allein es iſt beſſer, daß wir das Wort Anticus behalten, weil alle Codices manuſcripti damit übereinſtimmen: überdem auch die Antæ eine Wendiſche Nation geweſen, (LEIBNITZ *Miſcellanea Berolinenſia* T. I. obſerv. 1) die *Iuſtinianus* überwunden. Wie es aber gekommen, daß ſich der Keiſer Germanicum, Alemannicum und Francicum genennet hat, davon können wir keine Urſache angeben. Wolte man ſagen, daß er dieſes von den Gothen und Vandalern verſtanden, welche, wie GROTIVS *in Prolegomenis ad Hiſtoriam Gothicam* erwieſen, Teutſche geweſen: ſo könnte man dieſes gar wohl geſchehen laſſen. Es kan aber auch ſeyn, daß es deswegen geſchehen, weil einige Teutſche Völcker denenjenigen Hülfe geleiſtet haben, welche von *Iuſtiniano* bezwungen worden. In übrigen hat der Auſtraſiſche König, *Theudebert*, es *Iuſtiniano* ſehr hoch aufgemutzet, daß er ſich Francicum tituliret: wie er ſich denn vorgeſetzet hatte, denſelben mit einer Armée zu überziehen. AGATHIAS *lib.* 1. p. 15. ſchreibet davon alſo: Tanto, bellum adverſus Iuſtinianum, ſtudio & tam ingenti paratu moliebatur, ut ad Gepidas quoque & Longobardos aliasque in proximo gentes mitteret legatos, qui eos ad belli huius ſocietatem invitarent. Minime tolerandum ratus, quod Iuſtinianus Francicum ſe, Alemannicum, Gepidicum, Longobardicum ſcriberet aliarumque etiam gentium titulis ſe iactaret. Quaſi earum omnium debellator & domitor. Neque id indignabatur modo ipſe, ſed & alios, ut dedecoris participes irritabat. Es dürfte alſo Theudebert Iuſtiniano ziemlich nahe gekommen ſeyn, wenn ſein geſchwinder Tod nicht dieſes Unternehmen vernichtet hätte.

§. 5.

Digitized by Google

§. 5. Hatte sich Iustinianus durch seine Kriege grossen Ruhm erworben: so erwarb er sich denselben nicht weniger dadurch, daß er Befehl gab, die Römischen Rechte, welche in so vielen Büchern zerstreuet waren, zusammen zutragen, und es ist gewiß kein eitler Ruhm, wenn er von sich saget, quod & armis imperatoriam maiestatem decorarit, & legibus eandem armarit, *pr. Instit. Proœm.* Wir wollen dahero diejenigen Bücher, welche er von den Rechten verfertigen lassen, nach der Ordnung durchgehen, damit wir daraus erlernen, aus was vor Theilen unser Corpus Iuris zusammengesetzet worden. Das erste Buch, welches der Keiser verfertigen ließ, war der Codex Iustinianeus. Es trug derselbe diese Arbeit dem *Triboniano* und zehen andern Rechts-Gelehrten auf, welche im Jahr Christi 528. Hand daran legten, und dieselbe im folgenden Jahr zu Stande brachten. Es hatten dieselben die Constitutiones der Römischen Keiser von *Hadriano* bis zu *Iustiniani* Zeiten, welche schon vorhanden und in dem Codice Gregoriano, Hermogeniano und Theodosiano enthalten waren, zusammengetragen. Dieses giebt uns Anlaß, hier etwas von *Triboniano*, und dann von den dreien Codicibus zu handeln. *Triboniano* war die Direction bei Verfertigung des Codicis Iustinianei anbefohlen worden. Dieser *Tribonianus*, oder wie ihn andere nennen *Tribunianus*, war aus Pamphylien bürtig, und ward von *Iustiniano* zum Magistro officiorum, hernach aber zum Ex-Quæstore gemacht. Viele sagen, er sey ein Ignorant gewesen; allein wir halten ihn nach der damaligen Beschaffenheit der Zeiten für einen gelehrten Mann, welches auch MATTHÆVS BLASTARES *in Historia iuris*, bei FABRICIO *in Bibliotheca Græca* Tom. XII. p. 371. an ihn rühmet. Und PROCOPIVS, welcher ihn wohl gekennet, schreibet von ihm *de bello Persico lib. I.* Tribonianus cum ingenii acie valebat, tum apicem eruditionis attigerat, sic ut nullum ætatis suæ mortalium haberet hac laude superiorem. Was aber die Bücher betrift, aus welchen der Codex Iustinianeus verfertiget worden: so sind dieselben die drei Codices, Gregorianus, Hermogenianus und Theodosianus. Diese Bücher nennete man Codices, weil darin die Satzungen der Keiser gesammlet waren. SCHVLTINGIVS *ad Paulli receptas sententias* p. 377. Zuerst ist hier zu mercken der Codex Gregorianus, welcher eher, als der Codex Hermogenianus, gemacht worden, obgleich GVIDO PANCIROLLVS *de claris legum Interpretibus lib. I. c.* 65. 66. den Codicem Hermogenianum für älter halten will. Ob der Urheber dieses Buchs Gregorius oder Gregorianus geheissen, solches ist ungewiß. Unter den letzten Namen wird er von AVGVSTINO *ad Pollent. lib. II. c. VIII.* und von dem *Partatore Legum Mosaicarum & Romanarum* etlichemal angeführet. Wir wissen auch nicht die Zeit, da dieser Mann gelebet hat. PANCIROLLVS *l. c.* überredet sich, daß dessen Alter in die Regierung der Keiser

Valentis und Gratiani falle: welches aber keinen Grund hat. IACOBVS GOTHOFREDVS *in Prolegom. Cod. Theodoſ. c.* 1. hat wahrſcheinlich dargethan, daß dieſer Gregorius zu Zeiten Conſtantini M. gelebet, und Præfectus Prætorio geweſen. Dieſer Mann hat die Conſtitutiones der Keiſer von Hadriano an bis auf die Zeiten Conſtantini M. zuſammen getragen, welches aus den Fragmentis Codicis Gregoriani ſattſam erhellet. Daher *Cuiacius* geirret, da er in *princ. Paratitl. Cod.* geglaubt, daß Gregorius keine Conſtitutiones der Keiſer, die nach Valeriano und Gallieno gelebt haben, beigebracht habe. Dieſer Codex hat anfangs wenig Anſehen gehabt: jedoch hat man nachgehends mehr Achtung für denſelben bezeiget, wie aus dem *L. un. Cod. Theodoſ. de Reſp. prud.* zu erſehen iſt. Die Fragmenta, welche wir noch haben, kommen von dem Weſtgothiſchen Cantzler *Aniano* her, und ſind von *Sichardo, Cuiacio* und *Schultingio* zuſammengetragen worden.

So iſt auch der Verfaſſer des Codicis Hermogeniani gantz ungewiß. REINESIVS *ad Inſcript. p.* 70. ſchreibet dieſe Arbeit Q. Clodio Hermogeniano Olybrio, der im Jahr Chriſti 365. Præfectus urbi geweſen, oder doch deſſen Vater oder Vetter zu. Allein wir können dieſe Meinung des ſonſt grundgelehrten *Reineſii* nicht annehmen, ſondern geben vielmehr MENAGIO *in Amen. iur. cap. XI* und IACOBO GOTHOFREDO *in Prolegom. Cod. Theodoſ. cap. I.* p. 183. ſeqq. Beifall, welche behaupten, daß der ICtus Hermogenianus, deſſen in unſern Digeſtis gedacht wird, Verfaſſer dieſes Codicis ſey. *Reineſius* hat zwar dagegen ſehr viel einzuwenden, indem er ſagt, daß ja Hermogenianus erſt nach den Zeiten Conſtantini M. gelebet; welches er damit beweiſen will, weil dieſer Rechts-Gelehrte der Correctorum *in L. 10. ff. de Offic. Præſ.* und Camelaſiæ in *L. 2. ff. de mun. & hon.* Meldung thue, welche doch zu Conſtantini M. Zeiten noch nicht bekannt geweſen. Allein die Correctores waren ſchon zu Severi Zeiten bekannt, als deren PAPINIANVS *in L. 20. ff. de offic. Præſ* gedencket: von Camelaſia aber hätte *Reineſius* beweiſen ſollen, daß daſſelbe erſt nach Conſtatino M. aufgekommen. Wir halten alſo mit obgedachten gelehrten Männern dafür, daß der ICtus Hermogenianus, welcher, wie wir in unſerer *Hiſtoria iuris lib. I.* §. 293. erwieſen, zu Conſtantini M. Zeiten gelebet, den Codicem Hermogenianum verfertiget habe. Nun aber glauben einige, daß dieſer Hermogenianus drei Codices zuſammen getragen, welches ſie aus den Worten SEDVLII *Presbyt. Præfat. in opus Paſch.* ſchlieſſen. Aber es leiden deſſen Worte eine doppelte Auslegung, und man kan daraus nichts gewiſſes inferiren. In übrigen ſcheinet es, daß der Verfaſſer die Conſtitutiones Diocletiani und ſeiner Collegen mit groſſen Fleiß zuſammengetragen, und gleichſam eine Nachleſe zum Codice Gregoriano vorgenommen; wie dieſes die Fragmenta ausweiſen: wiewohl auch einige davon ſchon in dem Co-

dice

dice Gregoriano enthalten, jedoch auch etwas unterſchieden ſind. Die Fragmenta hat der gelehrte *Schulting* geſammket, und mit gelehrten Anmerckungen herausgegeben in *Iurisprud. Antejuſt.* p. 709. ſeqq. Die Urſachen, welche dieſe Leute bewogen, ſolche Sammlungen zu unternehmen, wird darin geſuchet. Die meiſten Rechts-Gelehrten zu den Zeiten Conſtantini M. waren dem Heidniſchen Gottesdienſt noch ergeben, und dahero gefiel ihnen ſehr übel, daß dieſer Keiſer die Satzungen ſeiner Vorfahren faſt täglich verbeſſerte, und dadurch der Iurisprudentz ein gantz neues Anſehen machte. Weil ſie nun dadurch den Untergang der Keiſerlichen Conſtitutionum befürchteten: ſo ſuchten ſie dieſelbe in gewiſſe Sammlungen zu bringen, um dieſelben auf ſolche Art der Vergeſſenheit zu entreiſſen. IACOBI GOTHOFREDI *Prolegom. Cod. Theod. c. 1.* Es ſind aber dieſe Leute nicht die erſten geweſen, welche die Keiſerlichen Conſtitutiones zuſammen getragen, ſondern es haben dieſes vor ihnen auch andere gethan, wie ſolches aus dem *L. 113. ff. de cond. & demonſtr.* erhellet, alwo IVLII PAVLLI *Imperialium Conſtitutionum libri ſex* angeführet werden. Letztens iſt noch zu gedencken, daß Hermogenianus und Gregorius Heiden geweſen, welches MENAGE *in Amœnit. Iur. civ. c. 11.* wider *Bertrandum* angemercket hat.

Weil aber dieſe angeführte Codices nur privata auctoritate colligiret waren; dieſelben auch die Conſtitutiones der Heidniſchen Keiſer in ſich enthielten: ſo kam dem Keiſer *Theodoſio* iuniori im Sinn, die Decreta ſeiner Vorfahren bis auf ſeine Zeit ſammlen zu laſſen. Er trug demnach dieſes Geſchäffte acht gelehrten Männern auf, unter welchen Antiochus die Direction führte. Nachdem der Codex fertig geworden, confirmirte ihn der Keiſer mittelſt einer beſondern Conſtitution, und daher ward er Codex Theodoſianus genennet. Die Keiſerlichen Conſtitutiones, welche in dieſen Werck ſich finden, werden ſonſt auch Conſtitutiones legitimorum principum genennet. Legitimi principes ſollen nur die Chriſtlichen Keiſer geweſen ſeyn: allein es iſt dieſes noch vielen Zweifeln unterworffen. Wir glauben vielmehr, daß legitimi principes den Tyrannen entgegen geſetzet werden, deren viele ſeit Conſtantino M. an bis auf Theodoſium nach dem Reiche getrachtet, und um deren Conſtitutiones und Decreta ſich Theodoſius wenig bekümmert hat. Denn wenn unter obgedachten Worten nur die Satzungen der Chriſtlichen Keiſer ſolten verſtanden werden, warum hätte man die Conſtitutiones des Keiſers *Iuliani Apoſtatæ* mit hineingeſetzet? S. IAC. GOTHOFREDI *Prolegom. Cod. Theod. cap. 1. ſeq.* Es hat aber dieſer Codex Theodoſianus ſeine Fehler, von welchen IAC. GOTHOFREDVS *l. c. p.* 187. ausführlich handelt: 1) wäre viel darinnen weggelaſſen; 2) wären einige Satzungen zwar vollſtändig, andere aber nur Auszüge; 3) würde in vielen Conſtitutionibus dasjenige wiederholet, was

andere ſchon in ſich hielten, und 4) wären ſolche Dinge darin zu finden, welche den Chriſtlichen Glauben ganz zuwider lieffen, welches mit dem *L. 1. de Paganis. L. 4. & 6. de Sepulcr. viol.* und *L. ult. de fide cathol.* bewieſen wird. Allein es heißt dieſes etwas tadeln ohne rechtmäßige Urſache, und dienet zur Antwort: ad 1) daß heut zu Tage niemand wiſſen kan, ob in Codice Theodoſiano etwas weggelaſſen worden; ad 2) kan auch nicht geſagt werden, ob einige Conſtitutiones vollſtändig oder Auszüge ſeyn. Ja, wenn ſich auch ſolche Auszüge darunter finden ſolten: ſo wiſſen wir nicht, ob dieſelben urſprünglich von den Verfaſſern, oder andern Leuten herkommen, weil wir dieſen Codicem Theodoſianum nicht vollſtändig haben; ad 3) werden keine Wiederholungen der Satzungen wahrgenommen, und ad 4) ſind es Zeugniſſe von der Aufrichtigkeit der Verfaſſer, daß dieſelben alle Conſtitutiones beigebracht haben. Der ſel. Geh. Rath THOMASIVS hat in *Nævis iurisprudentiæ Anteiuſtinianæ lib. II.* c. 6. noch zween Fehler hinzugethan: a) daß man die Zuſammentragung dieſes Codicis unterſchiedenen Leuten aufgetragen, und ſodann b) daß der Keiſer *Theodoſius* den Leuten zugelaſſen, die Satzungen abzukürtzen, und nach den damaligen Zeiten einzurichten. Allein zu ſo einem Wercke werden viele erfordert; und daß man ihnen Erlaubniß gegeben, das unnöthige wegzulaſſen, iſt nichts ſchlimmes: denn was nutzen doch die weitläuftigen Vorreden vor den Geſetzen. Dieſer Codex Theodoſianus iſt in den Abendländiſchen Provintzen des Römiſchen Keiſerthums zu allen Zeiten in groſſen Anſehen geweſen, und ſolches von uns in *Hiſtoria iuris lib. II.* weitläuftig ausgeführet worden. Wir haben jetzo noch den Codicem Theodoſianum, aber er iſt nicht vollſtändig, und hat denſelben *Anianus* zerſtümmelt: welches man daraus abnehmen kan, daß in unſern Codice Iuſtinianeo ohngefehr 330. Conſtitutiones vorkommen, die ſich in Codice Theodoſiano nicht finden. Es hat denſelben, ſo wie ihn *Anianus* hinterlaſſen, *Iacobus Gothofredus* mit einem herrlichen *Commentario* erläutert, welchen nach deſſelben Abſterben ANTONIVS MARVILLIVS in *VI. Tomis* herausgegeben, *Lugd. 1713. fol.* wie denn auch eine neue Auflage in Leipzig beſorget worden. Dieſe bishero angeführte Codices thun uns in Erklärung der Geſätze einen fürtreflichen Nutzen: aber in foro gelten ſie nicht mehr, und wer dieſelben anführet, begehet ein crimen falſi. *Conſtit. ſummam reipublicæ, §. 7. de Iuſtin. Cod. confirm. L. 2. §. 19 Cod. de vet. iur. enucl.* Aus dieſen bishero angeführten dreien Codicibus hat der Keiſer *Iuſtinianus* einen neuen Codicem verfertigen laſſen, und denſelben Codicem Iuſtinianeum genennet, IOANNES ANTIOCHENVS *p. 183.* PAVLLVS DIACONVS *in geſtis Longobardorum lib. 1. c. 25.* auch befohlen, ſich in den Gerichten darnach zu achten, *Conſt. ſummam Reipublicæ. §. 3. 5. de Iuſtin. Cod. confirm.* weil er aber Iuſtiniano nicht gefallen, ſo hat er denſelben nicht lan-

lange hernach wiederruffen, *Conſtitutio hæc quæ, de nov. Cod. fac.* Indeſſen wird dieſer Codex in den Inſtitutionibus angeführet, worin wir auf viele Conſtitutiones deſſelben verwieſen werden: die wir aber in unſern Codice repetitæ prælectionis vergeblich ſuchen.

§. 6. Nachdem bishero von dem Codice Iuſtinianeo iſt geredet worden: ſo folgen jetzo die Pandectæ oder Digeſta, welche binnen drei Jahren verfertiget, und im Jahr Chriſti 533. promulgiret worden, *L. 2. Cod. de vet. jur. enucl.* PALLVS DIACONVS *in Hiſtoria Longobardorum lib. I. c. 25.* Sie heiſſen Pandectæ, weil alles darin enthalten: Digeſta aber, weil alles in eine richtige Ordnung gebracht worden. Der Keiſer trug die Vollführung ſiebenzehen gelehrten Juriſten auf, welche die beſten Sachen aus den Wercken der alten Juriſten zuſammen ſuchen und in funfzig Bücher unter gewiſſe Titel bringen muſten. Die Benennungen Pandectæ und Digeſta ſind nicht neu, ſondern ſchon ziemlich alt geweſen. Die alten Rechtsgelehrten gaben ihren Büchern gern dergleichen Titel, wie MERILLIVS *in Obſerv. Iur. lib. VII c. 34* wohl angemercket hat. Alſo ſchrieben *Vlpianus* und *Modeſtinus Pandectas*, und *Iulianus*, *Alphenus*, *Celſus*, *Marcellus*, und *Cervidius Scævola* nennten ihre Bücher Digeſta. Es iſt auch *Iuſtinianus* nicht der erſte geweſen, welcher Digeſta und einen Codicem verfertigen laſſen, ſondern es ſcheinet, daß er das Beiſpiel des Keiſers Hadriani vor Augen gehabt, welcher nach dem Zeugniß MATTHÆI BLASTARIS *in Hiſt. Iur.* p. 363. die Digeſta in funfzig Bücher und die Decreta der Keiſer in zwölf Bücher, unter den Namen eines Codicis bringen laſſen. Die Ordnung, welche die Compilatores in den Pandekten beobachtet haben, iſt mehrentheils nach der Ordnung des Edicti perpetui eingerichtet, doch nicht an allen Orten. Denn obgleich DVARENVS *Anniv. Diſp. I. 55.* dieſes zu erweiſen, ſich ungemeine Mühe gegeben: ſo erhellet doch das Gegentheil aus dem *L. 1. §. 5. Cod. de vet. iur. enucl.* Man kan es auch daraus ſehen; daß z. E. das Edictum Aedilitium von *Triboniano* an einen andern Ort geſetzet worden, als wo es in dem Edicto perpetuo geſtanden, wie der *L. 2. §. 5. Cod. eod.* ausweiſet. Andere Beiſpiele hat der Herr BYNKERSHOEK *in Obſerv. lib. II. c. 25.* zuſammen getragen. Wir haben hierbei auf folgende Anmerckungen acht zu haben: 1) ſind die Pandekten ein Buch, worin die Interpretationes veterum ICtorum enthalten ſind. Und zwar finden ſich darin nur die Fragmenta derjenigen Juriſten welche nach den Zeiten des Keiſers Hadriani gelebet haben, nemlich *Salvii Iuliani, Papiniani, Vlpiani, Paulli, Marcelli* u. a. m. Dieſe Fragmenta haben vim legis, nicht weil ſie von den Rechtsgelehrten herkommen: (denn dieſe haben keine Gewalt Geſetze zu machen) ſondern weil ſie von dem Keiſer publicirt, und ihnen die geſätzmäßige Krafft beigeleget, dieſelben auch in foro an-

angenommen worden. ſ. *L. 2. §. 10. L. 3. §. 10. Cod. de Vet. iur. enucl.* alwo Iuſtinianus ſetzet: *Vnam hir omnibus fragmentis auctoritatem indulſimus, vt quicquid ibi ſcriptum eſt, hoc noſtrum adpareat, & ex noſtra voluntate compoſitum.* Zum 2) iſt zu mercken, daß die Leges, welche in den Pandekten ſtehen, ob dieſelben gleich aus unterſchiedenen Büchern gezogen ſind, doch unter ſich einen Zuſammenhang haben: dahero der Verſtand eines Legis aus dem vorhergehenden muß ergäntzet werden, welches ſich in Codice gantz anders verhält. Alſo werden die LL. *18. 19. 20. 21. 22. 23. 24. D. de Procons.* nicht wohl können verſtanden werden, wenn man nicht mit denſelben die letzten Worte des L. 17. verknüpfet. Hat man 3) auch auf die Anführung der Pandekten acht zu haben. Die Alten hatten die Manier, daß wenn ſie einen Legem anführen wolten, es alſo machten. Sie ſetzten z. E. L. *non omnium* D. *de Legibus.* Allein weil dieſes bei dem Nachſchlagen ſehr beſchwerlich war: ſo hat man deswegen heut zu Tage eine viel beſſere und leichtere Art erfunden, und man ſetzet z. E. L. *12.* D. *ad L. Rhod. de Iactu.* Diejenigen, welche keine Juriſten ſeyn, und in ihren Schriften bei Gelegenheit die Digeſta anführen, pflegen dieſes alſo zuthun, daß ſie ſetzen *lib. III. Dig. Tit. 3. Lex 4.* Allein man muß dieſes ſolchen Leuten zu gute halten, weil ſie, die Weiſe der Rechtsgelehrten nicht inne haben. Die Zeichen, mit welchen die Pandekten angezeiget werden, ſind ein ff. π. und D. Daher wir einem jeden Studioſo juris rathen wollen, daß er ſich die Ordnung der Titel in den Pandekten fein bekannt mache, weil ihm ſonſt die Nachſuchung der Legum ſehr beſchwerlich fallen wird. Woher es aber gekommen, daß die Pandekten durch ein ff angezeiget werden, davon hat einer dieſe, der andere eine andere Meinung. RIVIVS *de libris juris, apb. 18.* hält dafür, daß dieſes Zeichen aus dem Griechiſchen π. und deſſen oben gekräuſelten Strichen entſtanden: allein wir glauben mit gröſſerer Wahrſcheinlichkeit, daß dieſe Figur von den Buchſtaben ff. herkomme, womit man die Florentiniſchen Pandekten anzeigen wollen. Es finden ſich aber in dieſen Pandekten viele Leges, welche *Tribonianus* nach ſeinen Gutdüncken hineingeſetzet, und dieſe nennet man Emblemata Triboniani, von ἐμβάλλομαι, interjicio, dabei man gute Vorſicht gebrauchen muß, daß man ja nicht ein ſolches emblema Triboniani als ein Fragmentum eines alten Rechtsgelehrten anſehe. WISSENBACH hat ein eigen Traktätgen von dieſen *Emblematibus Triboniani* geſchrieben, welches der ſel. Herr Geh. Rath LVDOVICI ſeinen Pandekten angehänget hat. Wir fragen hierbei: ob *Tribonianus* deswegen zu tadeln ſey? wir können hier nichts ſträfliches finden; denn da ihn *Iuſtinianus* facultatem addendi & detrahendi gegeben: ſo können wir nicht abſehen, aus was für einem Grund man den armen *Triboniano* wolte zu Leibe gehen. Ueberhaupt iſt es was häßliches, daß man bisher auf

Uni-

Universitäten angefangen, auf *Justinianum* und *Tribonianum* loßzuziehen, und doch ohne die geringste Ursache. Meines Erachtens bestehet darin eben keine grosse Kunst. Jungen Leuten leuchten dergleichen Critiquen starck in die Augen, die doch nichts heissen. Je weiter man in die Rechtsgelehrsamkeit eingehet, je klüger wird man, welches ich mit meinem eigenen Exempel erweisen kan. Ich habe sonst ebenfalls unter der Fahne derjenigen gestritten, welche an *Justiniano* und *Triboniano* alles getadelt haben. Nachdem ich aber eine grössere Einsicht bekommen: so habe ich gefunden, daß man *Justiniano* und *Triboniano* grossen Tort thue, habe also diesen Hauffen verlassen, und mich zu den fürtreflichen Männern, *Henrico Cocceji*, *Vlrico Hubero*, *Cornelio* van *Bynckershœk* und *Antonio Wybone* gesellet, welche vor solchen Tadeln den grösten Abscheu bezeiget, und gewiesen, daß man *Justiniano* und *Triboniano* zuviel gethan. Vornemlich aber hat der hochgelahrte Freiherr von *Cocceji*, in dem unvergleichlichen *Jure Controverso, Justinianum* und *Tribonianum* durch die gantze Rechtsgelahrtheit gerettet. 4) Hat man auf die unterschiedenen Editiones der Pandekten zu regardiren. Wir haben deren drei, nemlich *Vulgatam*, *Haloandrinam* und *Florentinam*. Die *Vulgata* stehet in Corpore juris; die andere hat *Gregorius Haloander*, sonst Hofmann, zu Nürnberg herausgegeben, und die Florentinische haben wir *Fabretto* zu dancken. Ob nun gleich die beeden letzten die besten und nützlichsten sind: so hat doch die erste den Vorzug in foro.

§. 7. Ehe noch die Pandekten zu Stande kamen, machte der Keiser *Justinianus* a. 530. 532. funfzig Decisiones bekannt, von welchen in gegenwärtigen §pho. geredet wird. Wir wollen hiervon etwas genauer handeln, und sehen, 1) warum dieselben gemacht worden, 2) wer sie gemacht, und 3) wo man sie findet. Die Ursach zu diesen funfzig Decisionibus haben die Secten der alten Juristen gegeben. Zu den Zeiten des Keisers Augusti lebten zweene berühmte Rechtsgelehrten in Rom, *Antistius Labeo* und *Atejus Capito*, welche TACITVS *lib. III. Annal. c. 75. duo pacis decora* nennet. Jener stritte vor die Freiheit, und konte nicht einmal von Augusto zu seiner Partei gezogen werden, ob dieser ihm gleich die Burgemeister-Stelle antrug, *L. 2. D. §. 47. de Orig. jur.* Dieser aber schmeichelte dem Keiser recht knechtisch, und hatte ein solches genie, *ut ejus obsequium non posset non dominantibus probari*, TACITVS *c. l.* Diese beede Rechtsgelehrte waren in ihren Auslegungen der Rechte gar sehr von einander unterschieden. *Capitonis* vornehmster Schüler war *Masurius Sabinus*: dagegen *Nerva* solches von *Labeone* war, welchen *Proculus* folgete. Weil nun diese die Lehren von ihren Lehrmeistern auf die Nachkommen fortpflantzten: so ward die eine Partei Sabinianer, die andere Proculejaner genennet. *Sabino* folgete *Cassius Longinus*, und *Proculo Pe-*

Ga-

gasus, von welchen dieſe Secten wiederum neue Namen erhielten. Denn *Cassii* Anhänger wurden Caßianer; *Pegasi* Anhänger aber Pegaſianer genennet. Dieſe hatten in jure gantz unterſchiedene Grundſätze, wie ſolches gar gelehrt ausgeführet haben EMVNDVS MERILLIVS *in Obſ lib. I. c. 1. & ſeqq.* GODFRIED MASCOV *de ſectis Sabinianorum & Proculejanorum.* Da nun die Rechte durch dieſe Secten ſo verwirrt und ungewiß gemacht worden waren: ſo verfertigte *Juſtinianus* die funfzig Deciſiones, worin er die Streitigkeiten beizulegen ſuchte: und da finden wir, daß er bald die Meinung der Sabinianer, bald der Proculejaner gut geheiſſen, zuweilen auch keine von beiden angenommen hat. 2) Die Entſcheidungen heiſſen Deciſiones Juſtinianeæ, weil ſie auf Befehl des Keiſers *Juſtiniani* entworffen worden, bei welcher Arbeit er ſich hauptſächlich der Hülffe des *Tribonians* bedienet, wie dieſer ſich deſſen in *§. 3. Inſtit. de libertin.* rühmet. Wir müſſen aber 3) ſehen, wo dieſe funfzig Deciſiones anzutreffen ſind? Damals ſind dieſelben nach und nach zum Vorſchein gekommen: allein jetzo finden ſie ſich unter mancherlei Titeln in unſern Codice repetitæ prælectionis, und können an unterſchiedenen Kennzeichen erkannt werden. Dieſe ſind folgende. a) Sind alle dieſe Deciſiones, da *Oreſtes* und *Lampadius* Burgemeiſter geweſen, oder das Jahr nach deren Burgemeiſter-Amt, herausgekommen. b) In alle denſelben werden ſtreitige Rechts-Sachen entſchieden, welches *L. 12. Cod. de uſufructu, L. 24. Cod. de Leg.* ausweiſen. In übrigen hat *Emundus Merillus* dieſe Deciſiones geſammlet, und dieſelben mit einem herrlichen *Commentario* erläutert, der zu Paris 1618. 4. zum Vorſchein gekommen. Ein gleiches iſt von *Johanne Strauchio* geſchehen, deſſen *Commentarius* zu Gieſſen, a. 1670. in 4. an das Licht getreten. Es iſt aber das letzte Werck unvollkommen, weil dieſer gelehrte Mann vor Endigung deſſelben geſtorben.

§. 8. In dieſem Spho wird von Verfertigung der Inſtitutionum gehandelt. Wir haben dabei acht zu haben auf drei Stück: 1) Wer dieſes Buch verfertiget; 2) Woraus daſſelbe genommen worden, und 3) zu was Ende der Keiſer dieſes Büchelgen entwerffen laſſen. Der Keiſer *Juſtinianus* trug *Triboniano*, *Theophilo* und *Dorotheo* auf, dieſes Buch zu verfertigen, worauf dieſelben aus der alten Rechtsgelehrten, *Ulpiani*, *Florentini* und hauptſächlich *Caji Inſtitutionibus* daſſelbe ſammleten. Daß dieſe drei Männer ſich vornemlich Caji Arbeit bedienet, kan daraus erſehen werden, weil a) ſolches *§. 6. proœm. Inſt.* ausdrücklich gemeldet wird, und ſodann auch b) die noch übrigen fragmenta von Caji Inſtitutionibus, welche SCHVLTING *in Iurisprudentia Anteiuſtinianea* ediret hat, davon Anzeige thun. Dieſer *Caius* hat zu Traiani, Hadriani und Antonini Pii Zeiten gelebet, wie MENAGIVS *in Amoen. iur. civ. c.* 43. dargethan. Diejenigen irren ſehr, welche mei-

meinen, daß *Caius* ein Christ gewesen, und zu Iustiniani Zeiten gelebet habe. HOTOMANNVS *ad §. 6. prooem. Inst.* Sie schliessen es daher, weil der Keiser Iustinianus diesen Mann *Caium suum* genennet, *§. 6. prooem. Inst. §. 5. Inst. de publ. iudic.* und *Const. omnem §. 1. ad Antecessores.* Allein es ist solches geschehen, weil man sich der Bücher dieses Juristen bei Ausarbeitung der Institutionum bedienet hat. Siehe die Vorrede zu dem *Tom. I.* des *Thesauri iuris*, welchen der Herr *Otto* herausgegeben. Der Endzweck, welchen der Keiser mit diesen Institutionibus intendiret, hat darin bestanden, daß junge Leute davon den Anfang bei Erlernung der Rechte machen solten, *ut sint totius legitimae scientiae prima elementa.* Es ist aber dieses Buch nicht so anzusehen, als ob es seinen Nutzen nur auf Universitäten hätte, sondern es hat auch usum forensem, und gilt eben sowohl als die Digesta und der Codex. Letzlich ist noch zu mercken, daß viele Dinge in denselben enthalten, welche man in den Pandekten und Codice vergeblich sucht, welche *in adpendice Commentario Vinnii subiecto* und in CVIACII *Obseruationibus iuris lib.* XI. c. 38. zu lesen sind.

Da wir oben des *Theophili* gedacht haben: so können wir nicht umhin, seiner Uebersetzung der Institutionum in die Griechische Sprache zu gedencken. Dieser *Theophilus* war Professor iuris in Constantinopel, und hat die *Institutiones* in die Griechische Sprache übersetzet. Dazu hat ihm Anlaß gegeben, daß, als damals die Rechts-Bücher in foro angenommen wurden, die wenigsten Professores und Richter aber der Lateinischen Sprache mächtig waren. CVIACIVS *in Recit. ad tit. Inst. de Actionibus* läugnet, daß *Theophilus* Urheber von gedachter *Paraphrasi* sey, und nennet vielmehr *Theophilizen*, welcher nach *decursii* Zeiten soll gelebet, und besagte *Paraphrasin* verfertiget haben. Viele Rechtsgelehrte haben *Cuiacio* blindlings Beifall gegeben, ohne der Sache weiter nachzudencken, da doch die Stellen in der *Paraphrasi §. 1. §. 12. §. ult. de Vsucap.* und *Tit. de litterar. obligat.* gar deutlich anzeigen, daß dieser *Theophilus* zu *Iustiniani* Zeiten gelebet, welches sowohl der sel. Gundling *P. II. Gundlingian. obs. 2.* als auch wir in unserer *Historia Iuris lib* 1. §. 327. ausgeführet haben. Darüber aber wundert man sich, daß *Theophilus* eine so ausführliche *Paraphrasin* machen dürffen, da doch der Keiser IVSTINIANVS *l. 2. §. 21. Cod. de vet. iur. enucl.* nur die Versiones κατὰ πόδα zugelassen. Wir haben von dieser Paraphrasi unterschiedene editiones. Die eine kömmt her von *Viglio Zuichemo*, und ist das erste mal zu Basel 1534. in fol. das andere mal zu Löwen 1536. in 4to herausgekommen. Die andern hat *Iacobus Curtius* zu *Lion* 1581. an das Licht gestellet, und die dritte hat *Carolus Annibal Fabrottus* mit seinen Anmerckungen zu Paris 1638. und 1657. in 4. herausgegeben.

§. 9. Dieſe Inſtitutiones, welche erſt nach Sammlung der Pandekten verfertiget worden, ſind doch viel eher zum Vorſchein gekommen, als jene, nemlich Anno 533. wie aus dem *§. 7. procem. Inſtit.* zu erſehen iſt. Daß dieſelben mit den Pandekten gleiches Anſehen und Verbindlichkeit haben, ſolches iſt bei dem vorhergehenden §pho gewieſen worden. Was die Anführung derſelben betrift, ſo geſchiehet dieſe durch Anzeigung des §phi und Titels, z. E. *pr. I. de Nupt. §. 3. I. de Action.*

§. 10. Hierbei hätte es der Keiſer *Iuſtinianus* können bewenden laſſen, weil ja der Codex, die Pandekten und Inſtitutiones zum Vorſchein gekommen. Weil aber *Tribonianus* und ſeine Mitarbeiter in Sammlung dieſer Rechts-Bücher keinen hinlänglichen Fleiß und Vorſicht gebraucht hatten; indem der Codex Iuſtinianeus ſehr mangelhaft, und in vielen Stücken den Pandekten entgegen war: ſo war kein ander Mittel übrig, als daß der Keiſer *Iuſtinianus* befahl, einen neuen Codicem zu verfertigen, und den alten gantz und gar aufzuheben, welches auch Anno 534. bewircket worden. Und daraus kan man nunmehro erſehen, warum heut zu Tage dieſer Codex Iuſtinianeus nicht mehr vorhanden iſt. Wir können nun auch verſtehen, warum der Codex, welchen wir in Corpore Iuris haben, Codex repetitae praelectionis genennet wird: weil man nemlich denſelben revidiret, und mit groſſer Sorgfalt verbeſſert hat. Doch hat *Tribonianus* ſich auch hierbei der ihm ertheilten Freiheit bedienet, und viele Leges aus dem Codice Theodoſiano entweder zerriſſen oder interpoliret, worüber IACOBVS GOTHOFREDVS *in Prolegom. Cod. Theodoſ.* ohne Urſache klaget. Dieſer Codex repetitae praelectionis iſt im Jahr 534. publiciret worden. *Conſt. Cordi nobis §. 3. 4. 5. 6. de emend. Cod. Iuſtin.* Dieſer Codex Iuſtinianeus wird alſo angeführet, daß man nemlich die Zahl des Legis, und dann auch wohl den §phum nebſt dem Zeichen *C* ſetzet, und endlich die Rubrik des Titels anführet. Z. E. *L. 42. §. 9. C. de Epiſc. et Clericis.* Die Ordnung der Materien iſt in dem Codice faſt eben ſo, wie in den Pandekten, nur werden in Codice einige Conſtitutiones *de SS. Trinitate, Eccleſiis, Haereticis, Epiſcopis &c.* voraus geſetzet, und dann endlich in den XI. und XII. Buche das Ius publicum Romanum angefüget. Wobei dieſes beſonders iſt, daß wenn ein Lex aus demſelben angeführet wird, man zugleich den Titel der Zahl nach anführet, z. E. *L. I. C. de fund. et ſaltib. rei dom. Tit. 66.* Die Leges in dieſem Codice ſind beſondere Decreta der Keiſer, welche ſie über die ihnen vorgetragene caſus ertheilet haben. Alle dieſe Leges haben ihre beſondern Unterſchriften, und dieſe enthalten die Namen der Burgemeiſter. Weil nun in denſelben die Jahre durch nichts anders, als die Namen der Burgemeiſter angezeiget werden; eine richtige Zeitrechnung aber zu richtiger Auslegung der Rechte

nicht

nicht wenig beiträget: ſo muß man ſich hierbei der *Faſtorum Conſularium*, welche *Relandus* und *Almeloven* erläutert haben, bedienen.

§. 11. Nachdem alle dieſe Bücher fertig waren, fand der Keiſer *Iuſtinianus* für nöthig, noch vielerlei neue Conſtitutiones zu verfertigen: daher die Novellae entſtanden. MATTHAEVS BLASTARES *in Hiſt. iur.* p. 272. ſeqq. ſetzet deren Anzahl auf 170. hingegen geben *Contius* und *Hombergk* zu Vach deren 168. an. Die meiſten ſind in der Griechiſchen Sprache verfaßt worden, AGATHIAS lib. V. p 140. IOANNES MALALA p. 165. wiewohl auch einige als *Nov.* 11. 23. 62. 143. 150. in Lateiniſcher Sprache zum Vorſchein gekommen. Es hat der Keiſer *Iuſtinianus* dieſelben ſelbſt zuſammentragen wollen, *Conſt. cordi nobis* §. 4. *de Emend. Cod.* hat auch daſſelbe würcklich gethan, wie IOANN. ANTIOCH. *in Iuſtiniano* p. 168. und PAVLVS DIACONVS *in Hiſt. Longobard. lib:* I. c. 25. bezeugen. Es ſcheinet auch, daß dieſes eben die Sammlung ſey, welche einen Theil des Corporis iuris ausmacht, und die in novem Collationes oder Collectiones eingetheilet iſt. Jedoch kommen nicht alle Novellen von *Iuſtiniano* her. Denn die *Nov.* 117. 140. 144. 149. ſind von *Iuſtino juniori*, die *Nov.* 161. 163. 164. von *Tiberio* verfertiget worden. Siehe ANTONII AVGVSTINI *Paratitla ad Novellas.* Einige ſind auch *ex libris Eparchicorum* genommen, z. E. die *Nov.* 166. 167. 168. N.B. *Eparchica ſunt libri, quibus generales formae ſive edicta Praefectorum Praetorio continebantur.* CVIACIVS *lib.* VI. *Obſerv.* c. 13.

§. 12. Die Verſion der Novellen, welche wir heut zu Tage haben, ſind lange nach den Zeiten *Iuſtiniani*, und vor *Gregorio M.* zuſammen getragen, und von Wort zu Wort überſetzet worden. CVIACIVS *lib.* VIII. *Obſerv.* c. 40. Weil dieſe Ueberſetzung ziemlich barbariſch iſt: ſo iſt dieſelbe auch ſehr dunckel, und man kan öfters den Verſtand derſelben nicht recht faſſen, wenn man nicht den Griechiſchen Text zu Hülfe nimmt. Dem ohngeachtet haben wir dieſe Ueberſetzung in foro angenommen, nach dem bekannten Wald-Sprüchelgen: *quicquid agnoſcit gloſſa, agnoſcit etiam curia*, wie ALBERICVS GENTILIS *de libris iuris civ. cap.* VII. und ARTHVRVS DVCKIVS *de Auctoritate iur. civ. lib.* I. c. IV. §. 16. wohl angemercket haben. Wir haben aber noch eine Lateiniſche Verſion der Novellen von *Juliano*, welcher Patricius, Ex-Conſul und Antecеſſor zu Conſtantinopel geweſen. Dieſelbe iſt in netten Latein abgefaßt, und von FRANCISCO PITHOEO zu Baſel 1567. in fol. ediret worden. Es hat dieſelben der fürtrefliche ANTONIVS AVGVSTINVS zu erläutern geſucht, in *Paratitlis vocum variar.* et *difficilliorum in Iuliani Novellis occurrentium*, welches rare Buch Herr *Hombergk* zum Vach am Ende ſeiner Novellen wieder auflegen laſſen. Um den Griechiſchen Text, und deſſen Wiederherſtellung haben ſich ſonderlich bemühet *Haloander*, *Scrimgerus*, *Ludovi-*

dovicus Ruſſartus und *Henricus Agylaeus*. Dieſe Novellen werden alſo angeführet, daß nur die Zahl und die Capitel derſelben ausgedrücket werden. z. E. *Nov.* 117. c 1.

§. 13. Alle dieſe Wercke, von welchen bishero die Rede geweſen, haben wir dem Keiſer *Iuſtiniano* zu dancken: Es finden ſich aber noch andere Sachen in Corpore Iuris, von welchen *Iuſtinianus* nicht Urheber iſt: nemlich die Authenticae und die Libri Feudorum. Von den erſten ſoll in gegenwärtigem Spho, von den andern aber in folgenden gehandelt werden. Die Novellae werden auch ſonſt Authenticae genennet, als welchen in allen Editionen die Inſchrift vorgeſetzet wird. *Authenticae ſeu Novellae Conſtitutionis Iuſtiniani Sacratiſſimi Principis.* Allein dieſe verſtehen wir hier nicht unter den Namen der Authenticarum; ſondern es iſt zu mercken, daß unter einige Leges des Codicis gewiſſe Scholia geſetzet ſind, in welchen angezeiget wird, was entweder in den Novellen geändert, oder was ſonſt allmählig vor neue Iura eingeführet worden. Z. E. dem *L. 13. Cod. de SS. Eccleſiis* wird eine doppelte Authentica beigefüget. Denn da in gedachter Satzung denjenigen, welche ſich in das Cloſter begaben, frei gelaſſen worden, Teſtamenta zu machen: ſo wird hingegen in den Authenticis angemercket, daß dieſes durch *Nov.* 6. und 122. geändert worden. Es fragt ſich aber: wer dieſe Novellen eigentlich verfaſſet hat? darauf dienet zur Antwort, daß ſolches ſo gewiß nicht kan geſagt werden. Einige, als MOLINAEVS *in Lectionibus Dolanis Lect.* 3. n. 20. IOHANNES STRAVCHIVS *in Irnerio non errante cap.* 2. und PAGENSTECHER *in Irnerio iniuria vapulante* glauben, daß ſie kurtz nach *Iuſtiniani* Zeiten zum Vorſchein gekommen. Andere glauben, daß *Irnerius* davon Urheber ſey. S. BYNCKERSHOEK *Opuſc. de auctore auctoribuſve Authenticarum*, welches mit deſſen andern Opuſculis zu Leiden Anno 1730. in 4. wieder aufgeleget worden. Es ſcheinet, daß ein unbekannter Juriſt dieſelben verfertiget hat, welche hernach *Irnerius*, der im zwölften Jahrhundert zu Bologna die Rechte gelehret, ſehr vermehret: wie denn auch ſich darunter einige Auszüge aus den Geſetzen der Keiſer, Friedrichs des Erſten, und des andern, finden, z. E. *Auth. habita* C. *Ne filius pro patre*, *Auth. Sacramenta puberum* C. *ſi adverſ. vendit.* Aber hierbei wird gefragt, ob dieſe Authenticae in foro gelten? Wir bejahen dieſes allerdings, wenn dieſelben mit dem Original, d. i. mit den Novellen übereinſtimmen. Daß dieſelben aber auch öfters davon abgehen, haben CONRADVS RITTERSHVSIVS *in Promulſide errorum Irnerianorum*, *Argentorat.* 1680. 4. und IOH. WISSENBACH *in Sylloge errorum Irnerianorum*, *Franequer* 1691. 4. mit ſonderbarem Fleiß gezeiget.

§. 14. Es finden ſich in unſern Corpore Iuris auch die Libri Feudorum

dorum, welche doch nicht zu dem Römiſchen Recht gehören. Denn die Römer hatten keine Lehen, ſondern dieſe ſind eine Erfindung der Teutſchen Völcker, wovon in iure feudali beſonders gehandelt wird. Die Verfaſſer dieſer Lehen-Rechte lebten in zwölften Jahrhundert, und hieſſen *Gerardus Niger* und *Obertus* ab *Orto*, welche beede Burgemeiſter in Meiland waren. Dieſelben haben die Lehens-Gewohnheiten, welche in den Meiländiſchen golten, ohne iemands Befehl zuſammen getragen. Als nun das Römiſche Recht zu Bologna gelehret ward; ſo fügte ein gewiſſer Rechtsgelehrter, Namens *Hugolinus*, dieſe Lehens-Bücher, als einen Anhang zu den Novellen, dem Corpori iuris bei: wodurch es dann geſchehen, daß dieſelben mit dem Corpore iuris in foro als ein gemeines Lehen-Recht angenommen worden. Es gelten alſo dieſelben heut zu Tage als ein Ius feudale commune, woraus die Lehens-Streitigkeiten entſchieden werden, wenn keine beſondere Lehens-Gewohnheiten, Geſetze und Statuten vorhanden ſind. Es wird aber damit ſo gehalten. Wenn Lehens-Streitigkeiten vorfallen; ſo ziehet man a) die Lehen-Briefe zu rathe. Kan aus dieſen die Sache nicht entſchieden werden: ſo ſiehet man b) auf die Gewohnheiten und Geſetze eines ieden Orts und Landes. Und wenn auch dieſe fehlen: ſo kan alsdenn c) das Ius feudale Longobardicum angeführet werden. S. STRVVII *Hiſtoria iuris* p. 720. Es wird zwar von THEODORICO ENGELHVSIO *in Chron.* p. 1115. und PANCIROLLO *in Variis Lectionibus lib.* I. c. 90. vorgegeben, daß der Keiſer Friedrich der andere dieſe Lehens-Rechts Sammlung confirmiret habe: allein die damals lebende Geſchichtsſchreiber berichten davon kein Wort. Dieſe Libri feudorum werden alſo aufgeführet. Man ſetzet die Zahl des Buches und den Buchſtaben F. und dieſen wird alsdenn das Capitel, zuweilen auch der Sphus beigefüget, z. E. 2. F. 24. §. 2. Dieſes ſind die vornehmſten Theile des Corporis iuris. Denn obgleich noch einige gefunden werden, z. E. die *Novellae Leonis* und anderer Keiſer, die *Canones Apoſtolorum &c.* ſo haben doch dieſelben in foro keine Gültigkeit, und gehören auch nicht eigentlich zu dem Corpore iuris.

§. 15. In dieſen §. 15. und den folgenden kommen wir auf den letzten Theil unſers Prooemii, in welchen gefragt wird, was ſowol die bisher angeführte Bücher, als auch das Corpus iuris vor Anſehen in foris haben? Darauf dienet zur Antwort, daß man hier auf vier Regeln acht haben müſſe, deren Wahrheit vorlängſt bewähret worden. Die erſte Regel iſt: lex poſterior ſemper derogat priori. L. *vlt.* D. *de Conſtit. Princ.* Nam lex eſt voluntas ſummi imperantis oligans ſubditos ad id quod rectum eſt. Aendert nun der Geſätzgeber ſeinen Willen, und ſetzet etwas neues: ſo hebet dieſer letzte Wille den erſten auf. Die andere Regel ſoll dieſe ſeyn: Kein Pri-

vatus kan Geſätze geben. Es iſt zwar einem Priuato erlaubet, die Geſätze zu erklären, und Conſilia zu ertheilen, ja er kan auch nach den Geſätzen urtheilen: aber das Recht Geſätze zu machen, hänget nicht von ihm ab. Die dritte Regel iſt: Wer Geſätze macht, verbindet dadurch nur ſeine Unterthanen, nicht aber diejenigen, die ſeiner Herrſchaft nicht unterworffen ſind. Aus dieſen gegebenen Regeln laſſen ſich nun gar leicht die Schlüſſe machen, welches folgende ſind: 1) Da dasjenige Geſätz, welches zuletzt gegeben worden, das erſte aufhebet: ſo folget daraus, daß die *Codices, Gregorianus, Hermogenianus*, und *Theodoſianus*, deren fragmenta noch ietzo übrig ſind, heut zu Tage keine Verbindung oder Gültigkeit mehr haben. Denn dieſe Bücher enthalten das Ius Anteiuſtinianeum in ſich, daher dieſelben das Ius Iuſtinianeum aufhebet. Daher haben dieſe Bücher zwar ihren guten Nutzen bei Erklärung der Geſätze, und alſo einen uſum dogmaticum: aber in foro gelten ſie nichts, wenn auch gleich die leges darinnen vollkommener enthalten, als in dem Codice Iuſtinianeo. Wer alſo dieſelben heut zu Tage in foro für ſich anführen wolte, der würde ein crimen falſi begehen. L. 2. §. 19. C. *de vet. iur. enucl.* 2) Flieſſet aus der oben feſtgeſetzten erſten Regel, daß die Novellen ſowol den Inſtitutionibus, als auch den Pandekten und Codice vorgehen. Denn die Novellen ſind ſpäter als jene zum Vorſchein gekommen, und haben alſo eine gröſſere Gültigkeit. Die Sache mit einem Exempel zu erläutern; ſo findet man bei der ſucceſſione ab inteſtato in den Inſtitutionibus, Pandekten und Codice eine gantz andere Ordnung, als in der *Nov.* 118. enthalten: wir wiſſen aber, daß erwehnte *Nov.* 118. heut zu Tage in praxi angenommen, aus dem Grunde, quia lex poſterior ſemper derogat priori. 3) Folget ferner aus dieſer Regel, daß der Codex den Inſtitutionibus und Pandekten vorzuziehen ſey, weil dieſer ſpäter als jene gemacht worden. Z. E. Nach den Pandekten L. 79. *de adquir. vel omittend. hered.* wird gelehret, daß die bona adventitia der Kinder in pleno patris dominio ſeyn: dagegen in *Codice Tit. de bon matern, et de bon. quae lib.* geſagt wird, daß dieſelben den Kindern zugehören. Was gilt hier? Wir antworten nach unſerer Regel, daß die Verordnung des Codicis gelte. 4) Erſehen wir daraus, daß nach dem Willen und Einrichtung des Kaiſers *Iuſtiniani* die Inſtitutiones und Pandekten einander unter ſich nicht derogiren ſollen, weil ſie faſt zu gleicher Zeit publiciret worden. L. 2. §. 23. C. *de vet. iur. enucl.* Wenn wir ſagen, daß ſolches nach dem Willen und Einrichtung *Iuſtiniani* nicht geſchehen ſollen: ſo iſt zu mercken, daß derſelbe gewolt, daß dieſe Bücher auf eine ſolche Art ſollen verfaſſet werden, daß ſie in keinen Punkt von einander abgehen ſollen. Weil aber *Tribonianus* und deſſen Gehülffen dieſer Ordre nicht nachgelebet haben: ſo iſt es geſchehen,

daß

daß dieſe Bücher in einigen Dingen einander zuwiderlauffen. Alſo wird gefragt, welches Buch alsdenn dem andern vorzuziehen ſey? Wir haben davon in dem Scholio geredet, und davon folgende Regeln gegeben: a) Inſtitutiones cedunt Pandectis, tamquam auctoritatibus ſuis, quatenus ex his deſcriptae ſunt. Auctoritas heißt archetypus, das Original, welchen allezeit mehr Glaube beigeleget wird, als dem ectypo, oder Copey. Da nun die Pandekten der Archetypus ſind, aus welchen die Inſtitutiones genommen: ſo müſſen dieſelben auch billig den Inſtitutionibus vorgezogen werden. Wir wollen dieſes durch ein Beiſpiel zu erläutern ſuchen. In dem §. 25. I. *de Rer. diviſ.* heißt ſpecificatio, ſi quis ex alienis ſpeciis frumentum fecerit: dagegen ſolches in L. 7. §. 7. D. *de adquir. Rer. dom.* geläugnet wird. Was iſt alſo nun zu thun? die Pandekten haben hier den Vorzug, weil ja daraus klar und deutlich erhellet, daß der Text in Inſtitutionibus aus den Pandekten falſch überſchrieben worden. b) Haben wir auch geſetzet: Pandectae cedunt Inſtitutionibus, quoties his nouationem ex inſtituto fieri adparet. Denn daraus erſiehet man und wird gewiß, daß der Keiſer einige Dinge, die in den Pandekten geſetzet worden, in den Inſtitutionibus habe verändern wollen: und muß dahero billig dieſer letzte Wille, dem erſtern vorgezogen werden. Z. E. in L. 9. und L. 11. D. *de manum. vind.* leſen wir, daß ein minor XXV. annorum nicht manumittiren könne, niſi vindicta apud conſilium cauſſa probata: Aber in §. 7. I. *Quib. ex cauſſ. manum.* wird den jungen Leuten von ſiebenzehn Jahren zugelaſſen, daß ſie manumittiren können. Es fragt ſich, welches gilt? Wir antworten ohne Bedencken, dasjenige, was die Inſtitutiones ordnen. Denn hier leget ſich klar zu Tage, daß der Keiſer dadurch das alte Recht in den Pandekten habe abſchaffen wollen. S. HVBERI *Praelectiones ad Inſtitutiones in Prooem.* §. 10.

§. 16. Die andere Regel war, ein Priuatus kan keine Geſätze machen. Hieraus kan man leichtlich urtheilen, was die Authenticae vor Gültigkeit haben. Wir haben oben §. 13. ausgeführet, daß ein Privat-Mann, entweder *Irnerius*, oder ein anderer, dieſelben verfertiget. Weil nun dieſe Authenticae mehrentheils aus den Novellen gezogen worden; ſo gelten dieſelben, in ſo weit ſie mit den Originalien übereinſtimmen: nicht aber, weil *Irnerius*, oder ein anderer, dieſelben entworffen hat, quia priuatus leges non condit. Ich habe in dem beigefügten Scholio gewieſen, daß dieſe Authenticae ſehr oft von den Novellen abgehen, wovon auch einige Exempel angeführet worden. Ein mehreres haben davon geſchrieben *Rittershuſius* und *Wiſſenbach*, deren Bücher oben §. 13. gemeldet ſind. Aber es haben auch zuweilen einige Authenticae, ob ſie gleich von den Novellen abweichen, mehr Gültigkeit per uſum et obſeruantiam bekommen, als die Novellen

ſelbſt

ſelbſt, wie an der *Auth. Bona damnatorum Cod. de bon. proſcript.* und *Auth. Sed iudex, Cod. de Epiſc. et clericis* zu erſehen iſt, welche mit der *Nov.* 134. *cap. fin.* und *Nov.* 123. *cap.* 7. nicht übereinſtimmen.

§. 17. Die dritte und letzte Regel beſtunde darin: Wer Geſetze macht, verbindet dadurch nur ſeine Unterthanen, nicht aber diejenigen, die ſeiner Herrſchaft nicht unterworffen ſind. Nach dieſer Regel iſt man im Stande zwo Fragen zu beantworten: 1) ob und wie weit uns das Ius Iuſtinianeum verbinde? und 2) ob uns die Novellen des Keiſers *Leonis* verbinden? Was die erſte Frage betrift: ſo hat a) *Iuſtinianus* das Morgenländiſche Keiſerthum zwar beherrſchet: es haben aber die Teutſchen, Niederländer und Frantzoſen niemals unter ſeiner Herrſchaft geſtanden, und dahero hat er auch denſelben keine Geſetze vorſchreiben können. Iſt b) aus den Geſchichten klar, daß die Teutſchen, Frantzoſen, Niederländer und andere Völcker lange nach *Iuſtiniani* Zeiten ihre eigenen und von den Römiſchen Geſetzen gantz unterſchiedene Leges gehabt, welche *Heroldus*, *Lindenbrogius*, *Pithoeus*, *Wendelinus*, *Baluzius*, *Leibnizius* und *Eccardus* geſammlet haben, und die alle zuſammen der D. *Georgiſch* auf mein Anrathen mit meiner Vorrede heraus gegeben hat. Es gilt doch aber das Ius Iuſtinianeum in Teutſchland, weil wir daſſelbe freiwillig auf Univerſitäten und in Gerichten propter aequitatem angenommen haben, welches in dem dreizehenten Jahrhundert und den folgenden geſchehen iſt, wie dieſes der Herr Hofrath STRVV *in Hiſtoria iuris cap.* 6. §. 39. p. 529. et ſeqq. und DATTIVS *de pace publica lib.* IV. c. 1. ausführlich gezeiget haben. Daraus flieſſet nun von ſelbſten, daß nicht das gantze Römiſche Recht uns verbinde; ſondern nur in ſoweit, als wir daſſelbe angenommen haben. Dieſe Annehmung iſt alſo zu verſtehen ſaluis iuribus patriis: denn alle Teutſche Völcker haben ihre eigene Statuten, Stadt- und Land-Rechte und Gewohnheiten gehabt, welche durch Annehmung der Römiſchen Rechte nicht hingefallen ſind. Wenn daher Streitigkeiten entſtehen, ſo ſind dieſelben aus denſelben zu entſcheiden, wovon das Teutſche Sprüchwort bekannt: Stadt-Recht bricht Land Recht, Land Recht bricht Keiſer-Recht. Es werden auch die Cammergerichts-Beiſitzer darauf verwieſen und verpflichtet: daß ſie ſprechen ſollen, nach guten ländlichen Sitten und wohlhergebrachten Recht und Gewohnheit: in Ermangelung aber derer, nach Keiſerlichen gemeinen Rechten. Am beſten hat dieſes gewieſen STRYCKIVS *in Prooem. Vſus modern. Pandectarum.* Die zweite Frage, welche wir nach der obigen Regel zu beantworten haben, iſt: ob die Novellen des Keiſers *Leonis* einige Gültigkeit haben? Herr PAGENSTECHER *in Admonit. ad Pandectas* P. I. §. 25. und andere läugnen dieſes, und wie wir davor halten, iſt ſolches auch recht. Allein da ſie die Urſache anfüh-

anführen, weil der Keiſer *Leo* lange Zeit nach *Carolo Magno* gelebet, da die Geſätze der Morgenländiſchen Keiſer uns nicht mehr verbinden können: ſo begehen ſie einen ziemlichen Irrthum. Denn *Iuſtinianus*, welcher vor *Carolo M.* gelebet, hat uns ſo wenig, als *Leo ſapiens*, Geſetze vorſchreiben können. Die wahre Urſache lieget alſo darin, daß, weil die Gültigkeit des Römiſchen Rechts auf der Annehmung beruhet, wir aber nur das Ius Iuſtinianeum, und nicht die Novellen des Keiſers *Leonis* angenommen haben, alſo auch dieſelben keine Verbindlichkeit haben können. Wir nahmen das Ius Iuſtinianeum im dreizehenten Jahrhundert an, zu welcher Zeit die Novellen des Keiſers *Leonis* noch nicht bekannt waren, welche *Henricus Scrimgerus* zu Paris 1558. in fol. Griechiſch, und hernach *Henricus Agylaeus* zu Paris 1560. in 8. lateiniſch heraus gegeben. Nachgehends hat man dieſelben unterſchiedenen Auflagen des Corporis iuris Iuſtinianei beigefüget. CVIACIVS *lib.* XVII. *Obſeruationum*, *cap.* 31. hat dafür gehalten, daß dieſelben ehemals nicht einmal in Griechenland gegolten hätten: dagegen der Herr BYNCKERSHOEK *lib.* IV. *Obſeruationum*, *cap.* I. p. 385. aus CHRISTOPHORO ANGELO *de ſtatu Eccleſiae Graecae* p. 112. und 115. dargethan, daß dieſelben ehemals bei den Griechen in groſſen Anſehen geweſen, und daß deren Gebrauch heut zu Tage bei denſelben noch nicht aufgehöret habe.

* *

Liber I. Tit. I.
De Iuſtitia & Iure.

§. 18.

Die Rubric dieſes Titels giebt zu erkennen, daß derſelbe aus zwei Theilen beſtehe. Im erſten wird gehandelt de Iuſtitia §. 18-23. im andern wird geredet de Iure ſeu Iurisprudentia §. 24-32. Wir haben dabei auf dreierlei unſere Abſicht zu richten: a) Warum hier de Iuſtitia gehandelt werde? b) Was dieſelbe ſey? und c) wie vielerlei dieſelbe ſey? Es wird aber gleich im Anfang der Inſtitutionum und Pandekten deswegen von der Iuſtitia gehandelt, weil dieſelbe finis totius jurisprudentiæ, und der vornehmſte Endzweck eines Rechtsgelehrten iſt. Denn gleichwie ein Gottesgelehrter die ewige Seligkeit, und ein Artzt die Geſundheit des Leibes ihr Haupt-Abſehen ſeyn laſſen, alſo iſt auch die Haupt-Abſicht eines Rechtsgelehrten die Bewirckung der innerlichen Ruhe der Republik, welche durch nichts anders kan erhalten werden, als durch eine Verwaltung unparteiiſcher Juſtitz. Denn ſolte dieſe wegfallen, was würde ſolches nicht vor ein elendes Leben ſeyn: weil alsdenn der Stärckere den Schwächeren unterdrücken würde. Zu

dem Ende haben wir die Iuſtitiam, damit dadurch in den gemeinen Weſen gleiches Recht erhalten werde, ut ſuum cuique tribuatur, vt tutus bos rura perambulet; oder wie der Apoſtel Paulus redet: *1 Tim. 2, 1.* daß wir unter dem Schutz der Obrigkeit ein geruhiges und ſtilles Leben führen mögen in aller Gottſeligkeit und Erbarkeit. VLPIANVS in L. 1. §. 1. D. *h. t.* leget dieſe Iuſtitiam einen jeden Rechtsbefliſſenen an das Hertz, und nennet dahero die Rechtsgelehrten Iuſtitiæ ſacerdotes, gleichwie ehemals die Weltweiſen ſich ſacerdotes ſapientiæ & virtutis, oder virtutis antiſtites & ſolos ſacerdotes, nenneten. Sicuti enim ſacerdotis finis eſt, Deum ſuum colere, & meliores reddere homines: ita & nos iuſtitiam colimus, boni & æqui notitiam profitemur, æquum ab iniquo ſeparantes. Von dieſen Endzweck weichen diejenigen gar ſehr ab, welche die Rechte nur deswegen erlernen, daß ſie einmal brave Rabuliſten in foro abgeben mögen, welche ihren Nutzen mit anderer Leute Schaden befördern. Dieſe ſind keine Rechtsgelehrten, ſondern vultures togati, eine Peſtilentz des gemeinen Weſens, ja ſchlimmer als die Diebe ſelbſt. Es haben dahero die Studioſi iuris ſich feſt in das Gemüth zu faſſen, daß Iuſtitia der Endzweck der Jurisprudentz ſey. Ich kan nicht umhin, hierbei noch dieſe Anmerckung zu machen, daß es gantz falſch ſey, wenn man von den Rechtsgelehrten ſaget: Juriſten, böſe Chriſten. Es kommt daher, weil viele Chicaneurs geweſen; und da hat man dem gantzen Orden einen Schandflecken anzuhängen geſucht, da man a particulari ad univerſale geſchloſſen: wer ein Rechtsgelehrter wäre, der hätte kein rechtſchaffenes Chriſtenthum. Der ſel. HERTIVS hat in *Paræmiis juris Germanici* die Rechtsgelehrten von dieſem Vorwurf gründlich gerettet.

§. 19. Da wir von der Iuſtitia bishero geredet haben: ſo fragt ſich, was dieſelbe ſey? Sowohl in *Inſtitutionibus pr. h. t.* wie auch in den Pandekten L. 10. *pr.* D. *eodem* wird dieſelbe beſchrieben, daß ſie ſey *conſtans & perpetua voluntas jus ſuum cuique tribuendi.* Dieſe Beſchreibung iſt hergenommen aus den Grundſätzen der Stoiſchen Philoſophie, indem die Stoici ſagten, daß eine jede Tugend in einer Beſtändigkeit, oder in einem beſtändigen und immerwährenden Vorſatz beſtehe. CICERO *de Legibus lib. 1. cap. 17.* Und dieſes iſt das genus. Die differentia ſpecifica lieget in den Worten: Ius ſuum cuique tribuendi. Welches der Juſtitz ſo eigen iſt, daß bei den Griechen Lex νόμος, quaſi diſtributrix, geheiſſen. Es tadeln einige dieſe definition, und wiſſen nicht, warum. Denn da ſie nicht bedencken, daß die alten ICti Stoici geweſen, ſo iſt nicht zu wundern, daß ſie viel daran auszuſetzen finden. Ob nun aber gleich dieſe definition ihre gute Richtigkeit hat: ſo kan doch hier gefraget werden, an juſtitia hic definita ſit, quatenus illa eſt finis jurisprudentiæ? Dieſe Frage recht zu verſtehen, muß gemercket werden, daß die Iuſtitia zweierlei

erlei ſey, moralis & civilis. Iuſtitia moralis iſt eine Tugend, die in mente ihren Sitz hat, oder eine Fertigkeit des Gemüths, da einer alle ſeine Handlungen nach den Geſetzen einrichtet. In dieſen Verſtande iſt derjenige kein vir juſtus, welcher etwas thut oder leiſtet, wenn ſolches nicht aus einem innern Trieb zur Tugend herkömmt. Z. E. der Phariſäer, welcher von ſich rühmte, daß er kein Ungerechter, noch Ehebrecher, noch Zöllner wäre, war moraliter kein vir juſtus. Aber warum dieſes nicht? weil er nicht aus wahren Trieb der Tugend, ſondern aus Heuchelei ſich der Laſter enthielte. Iuſtitia civilis aber heiſſet, wenn einer ſeine äuſſerlichen Handlungen nach den Geſetzen dergeſtalt eingerichtet, daß er einem jeden das ſeine zueignet, jedoch ſolches nicht aus Liebe zur Tugend, ſondern aus Furcht vor der Straffe thut. Z. E. Wenn ein Bürger oder Bauer der Obrigkeit Schoß und Steuren giebet, wenn er ſeine Mitbürger nicht beleidiget, nicht mordet, nicht ſtiehlet, nicht raubet: ſo iſt derſelbe civiliter vir juſtus, ob er dieſes gleich wieder ſeinen Willen thut. Und mit dieſer Iuſtitia hat ein 1Ctus eigentlich zu thun. Dieſer glaubet, daß es ſchon genug ſey, wenn man nur ſo viel erhalten könne:

Ne vaga proſiliat frænis natura remotis.

HORATIVS *lib. II. Sermon. Sat. 7. v. 74.* obgleich der beſtändige Wille und Vorſatz nicht allezeit da iſt. Man kan dieſes auch aus folgenden erweiſen. Es iſt ein Grund-Satz, welchen niemand läugnen kan: qualia ſunt media, talis quoque eſt finis, qui iis obtinetur. Nun aber ſind die Mittel, welche uns die Iurisprudenz an die Hand giebt, entweder Straffen oder Belohnungen, L. 1. §. 1. D. *h. t.* durch welche das Gemüth niemals kan geändert werden. Ja wenn die Iuſtitia interna finis jurisprudentiæ wäre; ſo würden auch böſe Gedancken können beſtraffet werden, welches doch nicht geſchiehet: quia cogitationis pœnam nemo patitur, L. 18. D. *de Pœnis.* Daher machen wir nun den Schluß, daß die Iuſtitia civilis finis jurisprudentiæ nicht ſey, obgleich in unſern Rechten die Iuſtitia moralis definirt wird, welche durch die præcepta jurisprudentiæ gewißlich nicht erhalten wird. Es möchte aber nun jemand fragen, wie man die juſtitiam civilem definiren müſſe? Wir antworten, daß es am beſten alſo geſchehen könne, wenn wir ſagen, es ſey attemperatio actionum externarum ad legem, qua quis neminem lædit, ſuum cuique tribuit.

§. 20. Wir haben bisher geſehen, was Iuſtitia ſey: wir müſſen nun aber auch unterſuchen, wie vielerlei dieſelbe ſey? Wir wollen mit GROTIO *de Iure belli & pacis lib. I. cap. 1. §. 8.* dieſelbe eintheilen in expletricem und attributricem. Wieder dieſe Eintheilung hat der Herr PAGENSTECHER *in Admonitionibus ad Pandectas P. I. §. 6.* ſehr viel einzuwenden: es laufft aber end-

lich alles dahin aus, daß die Wörter auf die Sache nicht allzugeſchicklich ſeyn. Wir wollen die Sache, wie ſie iſt, betrachten. Die Pflichten, welche wir andern Menſchen ſchuldig ſind, ſind von zweierlei Art. Einige legen uns die Geſätze als nothwendig auf, dazu wir können gezwungen und geſtrafft werden, wenn wir dieſelben nicht leiſten wollen. Und dieſe ſind alle diejenigen, welche ex regula juſti herflieſſen: quod tibi non vis fieri, alteri ne feceris. Wir dürfen daher keinen Mord begehen, niemand Unrecht oder Schaden zufügen: wir ſind ſchuldig zubezahlen, wenn wir geborget haben, und müſſen die eingegangenen Verträge halten. Wer das nicht thut, kan gezwungen oder mit Straffen beleget werden. Und dieſes ſind officia perfecta. Einige Pflichten recommandiren zwar die Geſätze, ſie zwingen aber niemand, dieſelben zu leiſten, z. E. daß ich einen, der ſich verirret hat, den Weg weiſe, oder daß ich leide, daß einer ſein Licht bei meinem anſtecke. Wer ſolches nicht thut, handelt zwar unfreundlich; aber er kan deswegen nicht verklagt, noch von der Obrigkeit geſtraffet werden; weil dieſes nur auf den Willen, nicht aber in der Nothwendigkeit beruhet, L. 17. §. 3. D. *Commodati vel contra.* Dieſe nennen wir officia imperfecta. Wenn wir dieſes mercken, ſo ſind wir im Stande einzuſehen, wie die Iuſtitia expletrix und attributrix von einander unterſchieden.

§. 21. Es heiſſet alſo Iuſtitia expletrix, quæ cuique tribuit, quod jure perfecto & ex neceſſitate debetur. Daher demjenigen, welcher ſich der Dieberei und Rauberei enthält, wer ſeine Schulden bezahlet, pacta und contractus hält, juſtitia expletrix beigeleget wird, weil er zu alle dieſen jure perfecto verbunden iſt, und geſtrafft werden kan, wenn er ſolches nicht thun will. Hingegen wird iuſtitia attributrix genennet, quæ cuique tribuit, quod officii magis & voluntatis eſt, quam neceſſitatis, d. i. welche dem Neben-Menſchen dasjenige zutheilet, was wir demſelben aus wahrer Tugend leiſten, wozu wir aber jure perfecto nicht verbunden ſind, und alſo auch nicht dazu können gezwungen werden. Wenn alſo jemand ſich des Dürftigen erbarmet; wer Bedrängten mit gutem Rath und That beiſtehet; wer Verirreten den Weg zeiget, und dergleichen Liebes-Pflichten noch mehr thut, der thut der Iuſtitiæ attributrici genug. Hierbei mögen wir wohl fragen, warum die juſtitia expletrix einen Zwang, hingegen die attributrix dergleichen nicht zuläſſet? Es lauffen hier viele Urſachen zuſammen, welche Anfänger nicht verſtehen können, wenn ſie nicht das Natürliche und Völcker-Recht wohl erlernet haben: wir wollen uns dahero nur an einer eintzigen begnügen. Alle officia perfecta müſſen von einer gewiſſen Perſon dergeſtallt geleiſtet werden, daß, wenn dieſelbe ſolche nicht erweiſet, ich ſolche auch von niemand anders fordern kann. Z. E. Wenn mir Titius 100. Thaler ſchuldig iſt, ſo kan ich dieſelben nur von ihm for-

fordern: wolte er ſie aber nicht geben, und ich wolte ſie von Mevio verlangen, ſo würde ich von jedermann ausgelachet werden. Im Gegentheil ſind die officia imperfecta alſo beſchaffen, daß dieſelben nicht eine gewiſſe Perſon, ſonder alle und jede zu leiſten ſchuldig ſind, z. E. meine Pflicht iſt, daß ich Armen Almoſen reiche: es ſind aber auch alle Menſchen zu dieſer Pflicht verbunden. Wenn mich alſo ein Armer um ein Almoſen anſpricht; ich ihm aber ſolches verweichere: ſo kan derſelbe ſolches von *Mevio*, *Titio* und andern mehr verlangen. Da nun alſo alle officia perfecta ihr ſubjectum determinatum haben, von welchen ſie können gefordert werden: ſo erſiehet man gar leicht die Urſache, warum bei denſelben ein Zwang zugelaſſen, weil man nemlich ſonſt ſein Recht gantz und gar verlieren würde. Aber bei den officiis imperfectis hat man keinen Zwang zuzulaſſen für nöthig gefunden, weil z. E. ein Bettler, wenn er von dem einen abgewieſen wird, ſein Recht nicht verlieret, einen andern anzuſprechen. So kommen auch die officia perfecta her ex lege, cuius virtus eſt, imperare & puniri, L. 7. D. *de Legibus:* die officia imperfecta aber ex virtute, bei welcher kein Zwang kan angewendet werden.

§. 22. Bei dieſer Gelegenheit habe ich im gegenwärtigen Spho von den bekannten dreien præceptis juris, welche §. 3. *Inſt. h. t.* und L. 10. §. 1. D. *h. t.* vorgetragen werden gehandelt. Ich habe hier deswegen davon reden wollen, weil dieſelben aus obiger Eintheilung gar leicht können verſtanden, und auch deren Urſache füglich kan gegeben werden. Es ſind aber dieſe iuris præcepta folgende: *Honeſte vivere, neminem lædere & ſuum cuique tribuere.* Daher wird gefragt, warum die ICti nur dieſe drei præcepta juris machen, da doch viel mehrere, z. E. pacta ſervare &c. hätten können angeführet werden. Allein es haben die alten Rechtsgelehrten vollkommen wohl raiſonniret. Wir haben oben geſagt, daß die Iuſtitia ſey vel expletrix, vel attributrix. Attributrix hat mit den officiis imperfectis zu thun, welche ex virtute & honeſtate entſpringen: und daher entſtehet das præceptum juris, *honeſte vivere.* Iuſtitia expletrix hat mit den officiis perfectis zu ſchaffen. Die befiehlet uns entweder die Laſter, ſo die Geſätze verbieten, zu meiden, oder dasjenige zu thun, wozu uns die Geſätze anweiſen. Wer ſich die Laſter, ſo die Geſätze verbieten enthält, der leiſtet dem præcepto juris Folge: *neminem læde.* Wer da dem nachlebet, wozu ihn die Geſätze verbinden, der thut dem dritten præcepto genug: *ſuum cuique tribue.* Dieſes ſind in der That die wahrhaften und ächten Grundſätze der Rechte, nach welchen ſich die Lehre von der gantzen Jurisprudentz richten muß. Wer alſo z. E. ſich des Stehlens, Raubens ꝛc. enthält, wer niemand Schaden, Gewalt oder Unrecht thut, der iſt gerecht, neminem lædit. Wer Verträge und Contracte hält, der iſt gerecht, nam ſuum cuique tribuit. Wer ſich in dem Staat als ein rechtſchaffener

Bürger aufführet, dem Vaterlande zu nutzen ſuchet, gottſelig lebet, mäßig und ehrlich iſt, der iſt gerecht, nam honeſte vivit. Daß alſo in dieſen dreien præceptis iuris mehr Wahrheit enthalten iſt, als gemeiniglich geglaubet wird. Daher der Herr HVBER *in Prælectionibus ad Inſtitutiones h. t.* geirret hat, daß er dieſe præcepta iuris für Sittenlehren halten wollen. In übrigen habe ich in dem Scholio angemercket, daß der Herr THOMASIVS *in Notis ad Inſtitutiones h. t.* Dieſe præcepta iuris mit den virtutibus cardinalibus der Stoicker vergleichen wollen. Dieſes zeiget er alſo. Er ſagt: die Eigenſchafft der Iuſtitiæ ſey: ſuum cuique tribuere; die Eigenſchafften der Mäßigkeit: honeſte vivere; und die Eigenſchafft der Tapferkeit: neminem lædere. Die Klugheit aber, meinet er, könne nicht hierher gezogen werden, weil dieſelbe virtus intellectus, non voluntatis ſey. Allein der liebe Mann hat es nicht gut getroffen; denn weder die Mäßigkeit wird durch honeſte vivere, noch die Tapferkeit durch neminem lædere ſattſam ausgedrücket.

§. 23. In dieſem §pho bekommen wir eine neue Eintheilung. Die Rechtsgelehrte theilen die iuſtitiam ein in univerſalem & particularem, und dieſe letzte wieder in commutativam vel diſtributivam: wiewohl beide nicht eben allzu accurat ſind. Wir müſſen alſo auf die definitiones, und zwar, wie ſie ARISTOTELES gegeben, acht haben, weil dieſe Eintheilung aus deſſelben Sittenlehre genommen, und in unſern iure gar nicht vorkommt. Iuſtitia univerſalis beſtehet nach der Beſchreibung dieſes Weltweiſen *lib. V. Ethicor. ad Nicomach. cap. 1. ἐν Χρήσει ἀρετῆς τελείας πρὸς ἕτερον, in exercitio omnium virtutum erga alios.* Wer alſo gerecht, freigebig, freundlich, beſcheiden und mäßig iſt, der iſt vir iuſtus, quo ad iuſtitiam univerſalem. Iuſtitia particularis beſtehet in abſtinentia ab iniuſti lucri cupiditate. Wer alſo, da er Ehrenſtellen, Bedienungen und Preiſe austheilet, ſich nicht von dem Geitz verleiten läßt, ſondern einen jeden das ſeine zutheilet, particularem iuſtitiam colere dicitur. Dieſe iuſtitia particularis wird wiederum eingetheilet in commutativam vel diſtributivam. Commutativa iſt, welche auf die Sache, und nicht auf die Eigenſchafften der Perſonen ſiehet. Dieſelbe beobachtet alſo eine völlige Gleichheit, welche ſonſt in contractibus obſerviret wird. Z. E. Ein Becker, wenn er Brodt verkaufft, giebt ſolches einem vornehmen Manne nicht wohlfeiler als einem Schuſter, handelt er anders, iniuſtus foret. Hingegen iſt iuſtitia diſtributiva, welche auf die Eigenſchafften der Perſonen ſiehet, und dahero keine andere Gleichheit beobachtet, als die ſogenanten Geometriſche. Z. E. Der Fürſt theilet Aemter aus: den einen macht er zum Rath, den andern zum Burgemeiſter, den dritten zum Schreiber, den vierten zum Thürhüter. Hier wird gefragt, ob der Fürſt darin unrecht gehandelt, daß er nicht dieſen oder jenen auch zum Rath gemacht, und daß er keine Gleich-

Gleichheit beobachtet, da jene doch Menſchen und gleiche Bürger ſind? Wir antworten: Nein! und glauben vielmehr, daß der Fürſt unrecht würde gehandelt haben, wenn er alle dieſen gleiche Ehrenſtellen gegeben hätte, weil hier nicht allein auf die Sache, ſondern hauptſächlich auf die Eigenſchafft der Perſon zu ſehen iſt. Man pfleget ſonſt zu ſagen: non ex quovis ligno fit Mercurius. Dahero auch nicht gleich jeder Menſch ein Rath, Secretair, Burgemeiſter, Schreiber oder Thürhüter werden kan. Dieſes iſt die Erklärung der Rechtsgelehrten nach dem Sinn Summi Ariſtotelis. Aber nunmehro wird billig gefragt: ob obige Eintheilungen einigen wahren Nutzen haben? Hierauf dienet zur Antwort, daß wir dieſelben gar wohl entbehren können. Die erſte Eintheilung iſt aus *Grotio* hergeholet: ſie iſt aber ziemlich dunckel, und nicht eben accurat. Die andere Eintheilung taugt vollends gar nicht, und es kömmt ſehr einfältig heraus, wenn man eine Sache in totum & partem, oder in genus & ſpeciem eintheilen wolte. Es kömmt mir eben ſo vor, als wenn einer ſagte, der Menſch beſtehet aus dem Cörper und kleinen Finger: denn es hält ja eins ſchon das andere in ſich. Es iſt auch ungegründet, daß die iuſtitia diſtributiva allezeit bei Straffen und Belohnungen, hingegen die commutativa in contractibus Statt finde, wie dieſes GROTIVS *de iure belli & pacis lib. I. cap. VIII.* §. 2. PAGENSTECHER *Sicilim manip.* 2. p. 111. ſeqq. gar ſchön gezeiget haben. Damit wir dieſes deſto beſſer erläutern mögen: ſo wollen wir einige Exempel anführen, welche die Sache klar machen werden. Es iſt bekannt, daß nach den Römiſchen Rechten der Diebſtahl doppelt muß erſetzet werden. Nun ſtelle man ſich zween Diebe vor, deren der eine ſo verſchmitzt iſt, ut ipſi omne ingenium in digitos cadat, der andere aber ſo dumm wie ein Schaaf: ſoll dieſer alſo des triplum oder quadruplum erlegen? oder, der Knecht Stichus hat drei Herren, Titium ex ſemiſſe, Mevium & Iavolenum ex quadrante. Dieſer Stichus ſtipuliret ſeinen Herrn hundert Thaler, qv. ob dieſe Summe unter die Herren muß gleich getheilet werden, weil die Verbindung einen Contract zum Grunde hat? Wir antworten: Nein! denn Titius bekommt alsdenn funfzig Thaler, von den übrigen beeden aber ein jeder nur fünf und zwantzig §. 3. *Inſt. de ſtipulationibus ſervorum.* Alſo geſchiehet auch bei einem concurſu creditorum eine gantz ungleiche Eintheilung, obgleich die creditores alle ex contractu Forderungen haben. Die Belohnungen werden auch nicht allezeit ungleich ausgetheilet, wie man aus dem Exempel ſehen kan, wenn etwa die General-Staaten demjenigen eine Summe Geldes ausſetzen, welcher einem feindlichen Schiffe die erſte Flagge abnehmen wird. Wir haben alſo Exempel, aus welchen erhellet, wo bei Austheilung der Straffen und Belohnungen eine vollkommene Gleichheit, hingegen in contractibus æqualitas geometrica, beobachtet

tet wird: dahero wir obgedachte Eintheilungen leichtlich entbehren können.

§. 24. u. 25. In den 24. §pho gehet der andere Theil dieſes Titels an, welcher de iurisprudentia handelt. Wir haben davon zwei definitiones. Die erſte, welche von den alten Rechtsgelehrten herkommet, und die ſehr alt iſt, findet ſich in §. 1. *Inſt. h. t.* und in L. 10. §. 1. D. h.t. allwo ſie alſo lautet: Iurisprudentia eſt diuinarum atque humanarum rerum notitia, iuſti atque iniuſti ſcientia. Die notitia rerum diuinarum atque humanarum iſt nichts anders als die Philoſophie, welche alle Alte alſo beſchreiben, und dieſe macht hier *Vlpianus* zum genere. Weil doch aber die Weltweißheit mit dem wahren und falſchen in der Vernunft-Lehre, mit dem guten und böſen in der Sittenlehre, mit dem nützlichen in dem gemeinſchaftlichen menſchlichen Leben, mit den Urſachen der natürlichen Dinge in der Naturlehre ſich beſchäftiget, ſo hat VLPIANVS die differentiam ſpecificam, *iuſti atque iniuſti ſcientia*, hinzugethan. Dahero iſt der eigentliche Verſtand obgedachter definition dieſer: Iurisprudentia eſt philoſophia, quae in iuſti atque iniuſti ſcientia conſiſtit. Alſo definiret *Vlpianus* die Jurisprudentz: aber nicht allzurichtig. Denn 1) iſt falſch, daß die Jurisprudentz die Philoſophie oder ein Theil derſelben ſey. Denn die Philoſophie nimmt ihre Lehren eintzig und allein aus der geſunden Vernunft her, welche das eintzige principium cognoſcendi iſt: hingegen nimmt die Jurisprudentz ihre Lehren aus den Geſätzen, obgleich dieſelben nicht ex recta ratione hergenommen ſind. Z. E. daß ein Dieb muß gehencket werden, lehret die Jurisprudentz; aber dieſe Strafe zeiget die geſunde Vernunft nicht an: und doch iſt dieſelbe gerecht, weil das Geſätz dem Diebe die Straffe des Stranges zuerkennt. 2) Iſt auch hier ſehr wohl zu mercken, daß dieſe Definition ihren Urſprung aus einer jalouſie genommen, welche ſich ehemals unter den Rechtsgelehrten und Weltweiſen gefunden, welches L. 1. §. 1. D. h. t. L. 8. §. 4. *de vacat.* L. 1. §. 5. D. *de extra ord. cognit.* zeiget. Denn es glaubten die Rechtsgelehrten, daß ſie allein die wahre und keine verſtellte Philoſophie hätten, weil ſie die Menſchen ſowol durch Belohnungen, als auch Straffen zu beſſern ſuchten L. 1. §. 1. D. *h. t.* Dieſer Meinung ſtimmt der weltweiſe EVPHRATES bei PLINIO *lib. 1. Epiſt. 10.* wenn er ſagt: *Eſſe hanc philoſophiae, & quidem pulcerrimam partem, agere negotium publicum, cognoſcere, iudicare, promere & exercere iuſtitiam, quaeque ipſi doceant, in uſu habere:* worin eben das officium eines ICti beſtehet. Dieſe Jalouſie unter den Rechtsgelehrten und Weltweiſen iſt die wahrhafte Urſache, warum VLPIANVS die Jurisprudentz, wie wir oben angeführet, definiret hat, da er derſelben dasjenige beileget, was ſonſt die Weltweiſen der Philoſophie beizulegen pflegen. Es wird auch dieſes aus einer

Stelle

Stelle FABII QVINCTILIANI lib. XII. *Inſtit. Orator.* c. 2. erläutert, alwo es heiſſet: *Omnis Iuris quæſtio aut verborum proprietate, aut æqui diſputatione, aut voluntatis coniectura continetur. Quorum pars ad rationalem; pars ad moralem philoſophiam redundat.* Es fallen alſo die Meinungen anderer Ausleger hinweg, welche dafür halten, daß durch res divinas die res ſacræ, religioſæ & ſanctæ, oder auch die Titel, welche in Codice de rebus divinis handeln, verſtanden werden. Weil aber *Vlpianus* ſagt, iuſti atque iniuſti ſcientia: ſo wird niemand ſo arg ſeyn, und daraus etwa den Schluß machen, daß ein Advocat in einer gerechten Sache Hinterliſt und Betrug gebrauchen könne. Non enim facienda ſunt mala, ut inde eveniant bona: und wer einen guten Endzweck erhalten will, muß auch ſolche Mittel, die denſelben erhalten können, anwenden, qualis enim eſt finis, talia etiam ſunt media.

§. 26. Andere wollen es beſſer machen, wenn ſie die Iurisprudentz definiren, daß ſie ſey prudentia iuris: allein es heißt nichts, weil idem per idem definirt wird. Ich habe alſo eine viel beſſere und deutlichere gegeben, da ich geſagt: Iurisprudentia eſt habitus practicus leges recte interpretandi, adplicandique rite ſpeciebus obuenientibus. Das genus in dieſer Definition iſt habitus practicus; denn wir lernen die Iurisprudentz nicht wegen der bloßen Beluſtigung, ſondern daß wir dieſelbe im gemeinen Leben und foro gebrauchen wollen. Alſo ſpeculirt ein Phyſicus, was der Wind ſey. Weis er ſolches, ſo läſſet er es dabei ſein Bewenden haben, und lernet niemals den Wind herfür zu bringen. Aber ein Juriſt, lernet nicht deswegen was ein Contract, Klag Libell, Reſtitutio in integrum ſey, daß er ſich an dieſer Wiſſenſchaft beluſtige: ſondern er erlernet es dazu, damit er einen Contract vorſichtig mache, daß wenn ihm einer an ſeinen Rechten beeinträchtigen will, er ein geſchicktes Libell machen, daß wenn es nöthig, er entweder für ſich oder andere reſtitutionem in integrum ſuchen könne. Alles dieſes ſind practica: und man kan daraus erkennen, warum wir von der Iurisprudentia geſagt haben, daß ſie ſey habitus practicus. Es enthält aber unſere gegebene Definition die theoriam et praxin in ſich. Denn die Theorie beſtehet in Auslegung der Geſätze: die Praxis aber in der geſchickten Anwendung derſelben auf die vorfallenden Handlungen. Wer alſo nicht beede mit einander verbindet, muß ſich billig ſchämen, wenn er ſich einen Rechtsgelehrten nennet.

§. 27. Die Differentia ſpecifica, von unſerer gegebenen definition, worin ſich die Jurisprudentz von andern Wiſſenſchaften unterſcheidet, iſt die Auslegung und Anwendung der Geſätze. Denn ich habe dazu geſetzet: leges recte interpretandi, adplicandique rite quibuſvis ſpeciebus obuenientibus. Denn 1) muß ein ICtus die Leges wiſſen, ſodann 2) dieſelben geſchickt

ſchickt auslegen, und endlich 3) auf die alle Tage im menſchlichen Leben vorfallende Handlungen appliciren können. Dieſe drei Dinge müſſen zuſammen verbunden und mit einander ſo genau verknüpfet werden, daß ſie unauflößlich ſeyn. Wer dieſelbe von einander trennet, verdienet nicht den Namen eines ICti. Wer die Leges weiß, und dieſelben nicht verſtehet, noch geſchickt auslegen kan, den nennet CICERO *lib. I. de Oratore*, Leguleium. Zu dergleichen Art Leuten gehören alle diejenigen, welche die leges ohne Noth häuffen, und welchen dieſelben wie ſchimmlicht Brod aus dem Munde fahren, da ſie doch dergleichen nicht nöthig haben. Ein ſolcher iſt geweſen MAGERVS a SCHOENBERG, welcher in ſeinem Buche, *de Aduocatia armata*, eine ſolche entſetzliche Menge leges anführet, daß man ſich darüber verwundern muß. Die alten Juriſten hatten ſich darin dergeſtalt verliebet, daß ſie zu ſagen pflegten: *Turpe eſt Iureconſulto ſine lege loqui*, welches Brocardicum dem ſel. LVDOVICI Gelegenheit gegeben eine eigene Diſſertation zu ſchreiben, *de Iureconſulto ſine lege loquente*. Dergleichen Leute kommen mir eben ſo vor, wie jener, welcher, als er gefragt wurde, wie ſich ſeine krancke-geweſene Frau befände, antwortete: Sie gehet wieder herum, in der 1. Petri am 5. Wer aber die Leges inne hat, dieſelben auch ausleget, aber nicht anwendet, iſt zwar ein Iurisperitus, aber kein ICtus. Wer die leges anwendet, ſich der praxi ergiebet, et cruda ſtudia in forum propellit, aber die Wiſſenſchaft und Hülfs-Mittel, die Geſätze auszulegen, nicht hat, ſelbiger iſt ein Rabuliſte, wovon der fürtrefliche Rechtsgelehrte CASPAR ZIEGLER *de arte rabuliſtica* ausführlich gehandelt hat. Weiß aber einer die leges, kan dieſelben auch geſchickt auslegen und vorſichtig auf die vorfallende Caſus anwenden, derſelbe verdienet den Namen eines wahren ICti. Weil wir aber im Anfang geſagt haben, daß derjenige, welcher die Geſätze auslegen will, nicht allein auf die Worte, ſondern auch auf die rationem der Geſätze ſehen muß: ſo erſiehet man daraus, daß die Juden das Gebot vom Sabbath ſehr übel auslegten, ob ſie gleich den Worten deſſelben ſtricte inhærirten. Denn ſie ſahen dabei nicht auf die rationem legis, welche darin beſtunde, daß nemlich der Sabbath wegen der Menſchen eingeſetzet war: nicht aber, daß die Menſchen wegen des Sabbaths geſchaffen worden. Zuletzt müſſen wir hierbei noch erinnern, daß unſere in dem vorhergehenden §pho gegebene definition nur auf die iurisprudentiam iudicialem gehe, nicht aber auf die legislatoriam et conſultatoriam, wovon der ſel. *Thomaſius* unterſchiedene Proben gemacht hat.

§. 28. Wir wollen in dieſem §pho von der interpretatione iuris reden: der folgende §. 29. aber ſoll de applicatione iuris handeln. Interpretari eſt, non verba legum tenere, ſed earum vim et poteſtatem, L. 17. D. *de*

D. *de Legibus.* Die interpretatio kömmt entweder dem Geſätzgeber zu, und heiſſet *authentica*; oder dem Richter, und heiſſet *uſualis*: oder endlich dem ICto, welche *doctrinalis* genennet wird. Interpretatio authentica iſt, wenn das Geſätz ſo dunckel iſt, daß man weder aus den Worten, noch ex ratione legis den wahren Verſtand deſſelben wiſſen kan, und alſo der Geſätzgeber ſelbſt anzeigen muß, welchen Verſtand er ſeinem Geſätz beilegen will. Von dieſer Auslegung handelt der L. 11. D. *de Legibus.* Wir wollen die Sache mit einem Exempel erläutern. Wir haben ein Geſätz, daß eine geſtohlne Sache der Herr derſelben wiederfordern kan, L. 1. D. *de condictione furtiva.* Nun forderte einer ſeine Sache, die ihm geſtohlen worden, wieder: aber dieſelbe war verlohren gegangen. Der Richter war zweifelhaftig, ob hier der rigor legis zu beobachten. Man fragte den Keiſer, wie es ſolte gehalten werden, welcher in L. 1. *Cod. de his, quae vi metuſue cauſſa etc.* ſagte, daß das Geſetz de perſecutione rerum furtiuarum allerdings ſtatt finden müſſe, ob auch gleich die geſtohlnen Sachen verlohren gegangen. Bei uns in Teutſchland kömmt die interpretatio authentica dem Keiſer und Reichs-Ständen zu. *Inſtrum. Pac. Oſnabr. art. VIII. §. gaudeant.* Interpretatio uſualis iſt, wenn der Richter die Geſätze nach den rebus iudicatis ausleget, wobei auf die Obſervantz geſehen wird, wovon der L. 12. D. *de Legibus* handelt. Wenn alſo bei einem Gericht ein Zweifel entſtehet, wie dieſes oder jenes Geſetz auszulegen ſey: ſo ſucht man die alten Urtheile nach, und nimmt alsdenn daraus die Auslegung. Weil nun dieſelbe ex uſu hergeholet wird, ſo heiſſet ſie uſualis. Endlich haben wir auch zu mercken die interpretationem doctrinalem, welche iſt, wenn die Doctores oder ICti ein Geſätz nach den Regeln einer geſunden Auslegung erklären, wovon in L. 13. D. *de Legibus* gehandelt wird. Dahin gehören alle Commentarii, welche die Rechtsgelehrten über die Leges verfertiget haben, wenn ſie obige Regeln wohl beobachtet haben. Wer die Geſätze auslegen will, der muß dabei die regulas generales aus der Logik brauchen: denn die interpretatio gehöret eigentlich in die Logik, und derohalben haben wir davon auch keine beſondere Abhandlung in der Jurisprudentz. Dieſe doctrinalis interpretatio iſt dreierlei: α) Extenſiua, β) Reſtrictiua, und γ) Declaratiua. Extenſiua iſt, quando ratio legis latius patet, quam verba, da alsdenn die Auslegung auf den Fall gerichtet wird, welchen das Geſätz nicht ausgedrücket hat. Z. E. Der Landesherr läßt einen Befehl bekannt machen, worin die Ausfuhre des Getreides bei ſchwerer Strafe und Confiſcation deſſelben verboten wird. Ein Korn-Jude, welchen dieſes nahe gehet, daß er ſainen Schnitt nicht recht machen kan, erſinnet die Liſt, und läßt viel Korn mahlen, führet alsdenn das Mehl aus dem Lande, und wird ertappet. Wie ihm nun daſſelbe weggenom-

genommen wird, und man ihm noch dazu zur Strafe ziehen will: ſo entſchuldiget er ſich damit, daß in dem Befehl nur die Ausfuhre des Getreides, nicht aber des Mehls, verboten ſey. Dahero wird gefragt: ob er ſtraffällig ſey? Es iſt dieſe Frage ohne Bedencken zu bejahen. Denn obgleich in dem Befehl des Mehls nicht ausdrücklich Meldung geſchehen: ſo iſt doch hier auf die rationem legis zu ſehen, welche darin beſtehet, daß keine Theurung im Lande entſtehen möge. Es kan aber ſolche ſowohl durch die Ausführung des Mehls, als des Getreides zuwege gebracht werden. Mehrere Exempel davon finden ſich in §. *un. Inſt. de legitima patronorum tutela.* L. 16. D. *de ſponſalibus*, L. 59. D. *de ritu nuptiarum.* Es iſt aber hierbei wohl zu mercken, daß bei der interpretatione extenſiua alles auf die Regel ankomme: ubi eadem eſt ratio, ibi eadem eſt iuris diſpoſitio. Aber dieſe Regel muß nicht gemißbrauchet werden. Dieſelbe hat wohl in iure communi ſtatt, aber nicht in priuilegiis und beneficiis. Denn wird dem einen eine Gnade gethan: ſo können andere nicht kommen und ſelbige gleichfalls verlangen, weil ſie eben dergleichen Verdienſte hätten. Iura enim et priuilegia ad exemplum non ſunt trahenda. l. 1. §. 2. D. *de Conſtit. Princ.* Interpretatio reſtrictiua iſt, quando verba legis latius ratione pateant, und da alſo einer oder mehr Fälle bei der Auslegung ausgenommen werden, welche doch die Worte des Geſätzes dem Anſehen nach mit zu begreiffen ſcheinen. Es erzehlet EVERHARDVS *in Topic. Legal. lib.* II. *c.* 8. daß man zu Bologna ein Geſätz gehabt, daß wer auf öffentlicher Straſſe Blut vergieſſen würde, am Leben ſolte geſtraft werden. Ein Barbier ſchlug einen Menſchen, der von einem Schlagfluſſe überfallen worden, auf der Straſſe die Ader, qu. war er ſtraffällig? R. Nein, obgleich die Worte des Geſätzes general ſcheinen. Denn die ratio legis war; die öffentliche Sicherheit, welche durch Oeſnung der Ader nicht geſtöret wird. Und hierbei hat man die Regel zu mercken: daß, wo man der natürlichen Billigkeit zu nahe treten würde, wenn man den Worten des Geſätzes ſtricte nachgehen wolte, allezeit die interpretatio reſtrictiua ſtatt haben müſſe. Endlich kommen wir auf die interpretationem declaratiuam, welche geſchiehet, quando verba legis cum eiusdem ratione pari paſſu ambulant, und da alſo nur die Worte des Geſätzes zu erklären ſind. Man ſiehet alſo darin auf die Bedeutung der Worte und was dazu gehöret, l. 24. 26. 27. 28. D. *de Legib.* und ſodann ziehet man auch die Meinung vor, quae vitio caret. l. 19. D. *de Legib.* Vitio carere dicitur ſententia, per quam res effectum aliquem habet. Denn welcher vernünftiger Menſch ſolte wohl etwas reden, welches keine Wirckung hätte. L. 80. D. *de verbor. oblig.* Ich muß die Sache durch ein Exempel erläutern. Es heißt in unſern Iure: *pater familias vti legaſſit de pecunia tutelaue ſuae rei, ita ius eſto.* Wenn ich

da

da zeige, wer paterfamilias, was legare, was pecunia, was tutela ſuae rei heiſſe: ſo muß der anderer gleich das gantze Geſätz verſtehen.

§. 29. Bisher haben wir gehandelt von Auslegung der Geſätze: nunmehro aber wollen wir etwas von der Anwendung derſelben reden. Worin dieſe Anwendung beſtehe, ſolches hat CICERO *lib. 1. de Oratore c.* 48. mit folgenden ſchönen Worten angezeiget: *Is legum & conſuetudinem earum, quibus privati in civitate utuntur, & ad reſpondendum, & ad agendum, & ad cavendum, peritus eſſe debet.* CICERO ſagt: α) *ad reſpondum.* Dieſes iſt das officium ICtorum, vornemlich aber derjenigen, welche auf Teutſchen Univerſitäten leben, und den Fragenden täglich reſponſa ertheilen. Dabei aber läßt es CICERO noch nicht bewenden, ſondern ſetzet hinzu: β) *ad agendum.* Solches iſt der Advocaten und Procuratorum ihr Werck, welche anderer Leute Sachen in foro vortragen. γ) Sagt CICERO auch *ad cavendum.* Dieſes kömmt den Vorſprechern und Notarien zu, welche, wenn Contracte oder Teſtamente zu machen, oder ſonſt bürgerliche Handlungen vorzunehmen, beiräthig ſind, und ihnen an die Hand geben, was ſie zu beobachten, damit ſie nicht betrogen werden. Die Alten nennten dieſen Theil der Jurisprudentz, iurisprudentiam eurematicam, wovon der ICtus HERENNIVS MODESTINVS *librum Eurematicorum* geſchrieben hat, über welches IOANN SCHILTER und HENRICVS BRENCKMANN *Commentarios* geſchrieben haben. Beſiehe unſere Vorrede, welche wir der neuen Auflage von STRYCKII *Cautelis Contractuum* vorgeſetzet, und darin von der iuriſprudentia euremaica weitläuftig gehandelt haben. Man wird auch wohl thun, wenn man HERTII *Diſſertation de iurisprudentia cauente* zu rathe ziehen wird. Die Cautelen aber müſſen nicht ſo beſchaffen ſeyn, daß dieſelben iemand zum Schaden gereichen, wiedrigenfalls ſind es filouterien, dergleichen Signor COEPOLLA *de Cautelis* viele beigebracht hat. Wir ſetzen zu CICERONIS Worten noch δ) *ad iudicandum.* Denn darin beſtehet das Amt eines Richters, daß wenn er das Recht der Parteien gehöret hat, und alle Sachen richtig bewieſen worden ſind, das Urtheil fället ſecundum acta et probata. Wer dieſes alles wohl inne hat, verdienet in That und Wahrheit den Namen eines ICti, und iſt, wie CICERO redet, *totius ciuitatis oraculum.*

§. 30. und 31. Nach abgehandelter definition der Jurisprudentz folgen einige Eintheilungen, welche wohl müſſen gemercket werden. Die Jurisprudentz hat zu thun mit Auslegung und Anwendung der Geſätze. Die Geſätze betreffen entweder den öffentlichen Staat, und die Pflichten, welche imperantes und ſubditi einander zu erweiſen haben, oder betreffen bürgerliche Handlungen. Die erſten heiſſen leges publicae, die andern priuatae, und daher entſtehet das ius publicum und priuatum. Das Wort Ius

wird hier genommen pro complexione legum unius generis. Quales ergo ſunt leges, tale etiam ius inde emergit; nun aber haben wir leges publicas und priuatas: dahero haben wir auch ein ius publicum et priuatum. Dieſe Eintheilung wird hergenommen ab obiecto, nicht aber a fine: nam ratione finis omnis iurisprudentia eſt publica, quia ad utilitatem publicam eſt comparata. Daher wird das Ius priuatum zuweilen publicum genennet in L. 38. D. *de pactis*, L. 8. D. *de Tut.* L. 29. D. *de teſtamentaria tutela*, L. 9. D. *de his, qui ſui vel alieni iuris ſunt*, allwo von der tutela geſaget wird, daß ſie publici iuris ſey, nemlich ratione finis et originis: dahingegen in L. 6. §. 16. *de Excuſat.* geläugnet wird, daß ſie publica, nemlich ratione obiecti. Aber ratione obiecti wird das ius gar recht eingetheilet, in publicum et priuatum. Denn ein ander Recht iſt dasjenige, welches mit den öffentlichen Handlungen, z. E. mit den Befugniſſen der Regenten und Unterthanen, mit Krieg, Frieden, Geſandſchaften, Bündniſſen, u. d. m. zu thun hat: ein ander Recht aber iſt, welches mit Privat-Handlungen, z E. de contractibus, pactis, teſtamentis, legatis &c. beſchäftiget iſt. Und hieraus können die definitiones beider Rechte leichtlich verſtanden werden. Nemlich das Ius publicum iſt, welches handelt von dem Zuſtande der Republiken, und lehret, worin die Rechte der Regenten und Unterthanen und die Verbindung derſelben beſtehen. So viel alſo Republiken ſind, ſo vielerlei iſt auch das ius publicum. Hingegen iſt das ius priuatum, welches handelt de meo et tuo, und auf priuatorum utilitatem ſiehet, z. E. wenn mich einer beſtohlen, und ich klage ad duplum oder quadruplum, ſo iſt dieſes eine actio iuris priuati, weil die geſtohlne Sache zu meinem patrimonio priuato gehöret. Hingegen wenn der Fiſcal gegen den Dieb klaget, daß er ſoll gehencket werden: ſo iſt dieſes perſecutio iuris publici. Denn hier wird nicht de meo et tuo gehandelt, ſondern von der Sicherheit des gemeinen Weſens, welchen viel daran gelegen iſt, daß die Diebe aus dem Wege geräumet werden. Dieſes ius publicum und priuatum werden in §. 4. *Inſt. h. t.* und L. 1. §. 2. D. *h. t. duæ iuris poſitiones* genennet. Dieſes kommt her aus der Stoiſchen Philoſophie: denn bei den Stoicis hieß poſitio, τόπος, θέσις ſo viel, als pars oder ſpecies, welche auch hier in dieſem Verſtande zu nehmen ſind, wie dieſes MENAGIVS *in Amæn. iuris civ.* BVDÆVS *in Adnot. ad h. t.* MERILLIVS *lib. 1. obſ. c. 3.* DVCKER *de Latin. ICtor.* p. 326. gezeiget hat. Einige ſetzen noch die dritte ſpeciem hinzu, ius ſacrum, welches QVINCTILIANVS *in Inſtit. Orat. lib.* IV. c. 2. und ſelbſt der Keiſer IVSTINIANVS in L. 23. *pr. Cod. de* SS. *Eccleſiis* thun. Dahero wird gefragt, ob das ius circa ſacra eine eigene ſpecies ſey, oder zu obiger diſtinction gehöre? Es gehöret das ius ſacrum zum iure publico, und beſtehet nach dem L. 1. D. *h. t.* in ſacris et ſacerdotibus, und

iſt

iſt alſo ein Theil deſſelben, gleichwie auch ehemals das ius feciale, pontificium, augurale und ſenatorium darunter begriffen war. CICERO *de Offic. lib.* I. c. 11. *lib.* III. c. 29. *de Legibus lib.* II. c. 18. PLINIVS *lib.* VIII. *Epiſt.* 14.

§. 32. Die andere Eintheilung iſt: Ius eſt vel naturale, vel gentium, vel ciuile. Nam utrumque ius publicum et priuatum tripartitum eſt, collectum quippe ex naturalibus præceptis, gentium et ciuilibus, §. *ult. Inſt. h. t.* L. I. §. 2. D. *h. t.* Denn obgleich ALCIATVS *in Parergis lib.* I. *cap.* 31. darüber einen Zweifel erreget, und denſelben nicht aufgelöſet hat: ſo iſt doch zu mercken, daß nach der Definition, welche *Vlpianus* von dem Iure naturali gegeben, man nicht ſagen kan, daß das Ius publicum tripartitum ſey. Sagen wir aber, daß das ſus naturae ex recta ratione flieſſe: ſo flieſſet das Ius publicum allerdings mit ex iure naturali. Und ſo hat auch CVIACIVS *in notis poſterioribus ad §. ult. Inſt.* die Sache angeſehen.

Tit. II.

De Iure Naturae, Gentium et Civili.

Die Rubrik dieſes Titels zeiget gleich an, daß derſelbe drei Theile habe. Denn 1) wird gehandelt von dem natürlichen Recht §. 33 - 36. 2) Von dem Völcker-Recht §. 37 - 42. und endlich 3) von dem bürgerlichen Recht §. 43. 44.

§. 33. Das Wort Ius wird in vielerlei Verſtande genommen. Erſtlich heißt ius ſo viel als lex oder norma actionum humanarum; ſodann facultas moralis ex illa reſultante, oder attributum perſonæ: und endlich wird es auch genommen pro complexione legum omnium unius generis. Von der letzten Bedeutung wird in gegenwärtigen Titel geredet: und da heißt es, quales ſunt leges, tale ius inde emergit, und bekömmt auch daher ſeinen Namen. Wenn man alſo alle Geſätze, welche von den Kirchen-Weſen handeln, zuſammen nimmt: ſo entſtehet daraus ein Kirchen-Recht: ſind es Lehens-Geſätze, ein Lehen-Recht. Sind es Geſätze, die Bergwercks-Sachen angehen, ſo haben wir ein Bergwercks-Recht.

§. 34. Aus demjenigen, was wir in dem vorigen §pho beigebracht haben, flieſſet die erſte Eintheilung: Ius eſt vel diuinum vel humanum. Das Ius diuinum begreift alle Geſätze, welche GOtt gegeben hat: Das Ius humanum aber begreift die Geſätze, welche von Menſchen herkommen. Denn da wir geſagt haben, (§. 33.) quales ſunt leges, tale ius inde emergit,

ſo

so flieſſet daraus nothwendig, daß das Göttliche Recht entſtehe aus den Göttlichen Geſätzen; aus den Menſchlichen Geſätzen aber das Menſchliche Recht herkomme. Dieſes ſind leichte Sachen, und können dahero wohl begriffen werden.

§. 35. Das Göttliche Recht wird wieder eingetheilet in naturale et gentium, und poſitiuum. Denn GOtt iſt der allergröſte Geſätzgeber: ein Geſätzgeber aber erfindet nicht allein Geſätze, ſondern promulgiret auch dieſelben, weil kein Geſätz einen verbinden kan, wenn es nicht publiciret worden. Daher kömmt uns lächerlich vor, wenn der närriſche *Caligula*, wie SVETONIVS *in Caligula* c. 41. erzehlet, die Geſätze mit der allerkleineſten Schrift ſchreiben, und dieſelben an dem allerhöchſten Ort in Rom anheften laſſen, damit dieſelben niemand abſchreiben möchte: gleichſam als wenn das Geſätz eine Verbindung bei den Unterthanen zuwege bringen könte, wenn es nicht promulgiret worden. Der allweiſe GOtt, als der allerhöchſte Geſätzgeber, promulgiret alſo ſeine Geſätze, damit ſie den Menſchen mögen bekannt werden: und dieſes geſchiehet entweder durch die geſunde Vernunft, nach welcher ein Menſch, wenn er dieſelbe recht gebrauchen will, gleich ſehen kan, was recht oder unrecht iſt; oder durch die Offenbahrung, d. i. durch die heilige Schrift, damit diejenigen, welche dieſelbe leſen, erkennen, was ſein Wille ſey. Was uns alſo durch die geſunde Vernunft bekannt wird, nennen wir ius naturale; was wir aber aus der Offenbahrung oder heil. Schrift erkennen, heiſſen wir ius poſitivum. Z. E. Die Vernunft ſagt uns: du ſolſt nicht tödten. Dis iſt ein Befehl der Natur: ſie lehret uns aber nicht, daß der Sabbath zu feiern, oder die Chriſten zu taufen. Denn dieſes ſind Befehle, welche aus der Offenbahrung müſſen bekannt werden. Ich habe am Ende dieſes §phi geſetzet: Sed hanc diſtinctionem veteres negligunt. Die Urſache lieget am Tage, weil nemlich die alten Juriſten Heiden waren, welche da ihnen die heil. Schrift unbekannt war, keine Wiſſenſchaft von den göttlichen Geſätzen hatten, als welche nur durch die Offenbahrung bekannt gemacht worden. Wir haben viel ſolche leges diuinas, welche aber alle mit einander particulares und dem Jüdiſchen Volck gegeben worden ſind. Da haben ſich nun einige gefunden, welche geſagt haben: datur ius diuinum uniuerſale et particulare. Ius diuinum particulare iſt, quod Deus præſcripſit Iudæis, quodque neminem obligat, quam ſolos Iudæos. Dieſes ius particulare theilen ſie wieder ein, in ceremoniale et forenſe, davon das erſte zu dem Jüdiſchen Gottesdienſt gehörte, das andere aber die Streitigkeiten der Iſraeliten entſchiede. Und dagegen habe ich nichts einzuwenden. Was aber das ius diuinum uniuerſale betrift, ſo hat der ſel. Geh. Rath THOMASIVS *in Iurisprudentia diuina* daſſelbe pro aris et focis verfochten: nachgehends aber

aber hat er daſſelbe wieder geläugnet *in Fundamentis iuris naturæ et gentium.* Es ſoll GOtt daſſelbe auſſer dem iure naturali dem gantzen Menſchlichen Geſchlecht gegeben haben, und viele ſtecken noch heut in dieſer Meinung. Sed maxima dubitandi ratio in eo conſiſtit, quod non excogitari poteſt ratio, huiusmodi leges uniuerſo generi humano promulgandi. Wir müſſen hierbei noch eine Frage beantworten, nemlich: ob es nicht gut wäre, wenn man das ius forenſe Iudæorum annähme, weil ja GOtt daſſelbe ſo vollkommen gegeben habe? Wir müſſen frei bekennen, wie es allerdings wahr ſey, daß in dem iure diuino particulari die ſchönſten Geſätze, was den Jüdiſchen Staat anbetrift, enthalten ſind. Da aber der ſtatus unſerer Republiken gantz anders beſchaffen iſt; wir auch ein gantz ander Humeur haben: ſo ſiehet ein ieder ohne groſſe Schwierigkeit ein, daß daſſelbe ſich nicht auf unſern ſtatum ſchicke.

§. 36. und 37. Wir wollen hier handeln de iure naturali et gentium: wobei wir ſehen werden; a) Wie daſſelbe in unſern Rechten definiret wird §. 36 • 39. b) Wie daſſelbe nach richtigen Gründen kan definiret werden. DOMITIVS VLPIANVS in L. 1. §. 3. D. *de iuſtitia et iure*, und IVSTINIANVS in *pr. Inſt. h. t.* definiren das ius naturale alſo, *quod natura omnia animalia docuit.* Ius gentium aber, quod ſolis hominibus inter ſe commune eſt. Miræ definitiones, contra quas multa diſputantur. Denn *a*) die animalia bruta haben keine Vernunft: was aber keine Vernunft hat, kan auch durch die Geſätze nicht verbunden werden. Man ſage mir, ob man einen Baum wohl Befehl geben kan, daß er tantzen oder ſingen ſoll. Dieſe Sachen haben keine Vernunft, alſo verſtehen ſie auch nicht die Geſätze, und können auch nicht durch dieſelben verbunden werden. Können ſie aber durch keine Geſätze verbunden werden; ſo findet auch kein Recht bei ihnen ſtatt: und dahero iſt falſch, daß das ius naturale ſey, quod omnia animalia docuit. Und wir können HESIODO in *Opera et Dies lib.* I. p. m. 274. eher Beifall geben, welcher geſchrieben: *Humano generi nam lex data, a ſummo Ioue, quippe feræ, piſces, auium genus alti volantium, mutua vertunt, ſe vertunt in pabula, iuris egentes; Iuſtitia at nobis, quæ res eſt optima ceſſit.* Können *β*) von dieſem Rechte keine Exempel gegeben werden, welche allen Thieren gemein wären. Es werden zwar in *princ. Inſt. h. t.* einige Exempel beigebracht, nemlich maris et fœminæ coniunctio, und procreatio ſobolis, als wozu die Natur ſowohl die Menſchen, als Thiere antreibet. Aber ob wir gleich bekennen müſſen, bruta coniungi et procreare fœtum, pullis ubera præbere &c. ſo thun ſie dieſes doch aus keiner rechtlichen Verbindung, ſondern aus einem natürlichen Triebe; ſie aber ſelbſt wiſſen nicht, was ſie thun. Es wird dahero gefragt: woher es gekommen, daß die alten Iureconſulti auf

niemals wiederſprechende Dinge thun, und wir finden in der heiligen Schrift keine Exempel, da dergleichen geſchehen iſt: und bleibt alſo die Omnipotentia Dei ſalva. Aber es wird ja in L. 6. D. *de Iuſtitia & iure* geſagt, daß das natürliche Recht durch das bürgerliche geändert werde. Allein wir läugnen dieſes, und machen α) einen Unterſchied unter dem iure naturæ permiſſivo & præceptivo. Jenem kan renuncirt werden, tanquam iuri in ſui favorem introducto, und davon redet L. 6. D. *de Iuſtitia & iure*; von dieſem aber ſagen wir, daß es nicht könne geändert werden. Z. E. Es iſt ein lex præceptiva, neminem læde. Dieſer kan durch kein menſchlich Geſätz geändert oder aufgehoben werden. Wenn dahero ein Fürſt ſich unterſtünde, dieſes zu thun; ſo würde alsdenn dasjenige ſtatt finden, was der Apoſtel ſagt *Actor. V, 29.* Man muß GOtt mehr gehorchen denn den Menſchen. Wir machen aber auch β) einen Unterſchied inter mutationem iuris, & attemperare illud ad ſtatum reipublicæ. Jenes kan nicht geſchehen: dieſes aber findet ſtatt, weil es das natürliche Recht in ſeinem Zuſtand verbleiben läßt, und nur einige Umſtände hinzu ſetzet: daher ein jeder Geſätzgeber dieſes thun kan. z. E. wir haben ein præceptum iuris naturæ, pacta ſunt ſervanda: das ius civile ſetzet den Umſtand dazu, es ſollen die pacta nicht nuda ſeyn, ſed cum certa ſtipulatione coniuncta. Hier wird alſo die Regel des natürlichen Rechts keinesweges geändert, ſondern das ius civile ſetzet zu derſelben nur einen beſondern Umſtand, welcher nach Beſchaffenheit der Römiſchen Republik nöthig ſchien. Und davon redet der angeführte *L. 6.* THEOPHILVS *in Paraphraſi Inſtitutionum §. 2. de iure naturæ, gentium & civili* hat dieſes mit ſchönen Beiſpielen erläutert.

§. 41. In dieſem Spho wird gezeiget, was das ius gentium ſey? Wir ſagen: Ius gentium eſt ipſum ius naturale, integrarum gentium negotiis & cauſſis adplicatum. Der Freiherr von PVFENDORF *lib. II. de Iure Natur. & Gent. cap. 3. §. 23.* hat dieſes ſehr ſchön ausgeführet: dahingegen die alten Rechtsgelehrten, Scholaſtici, und ſelbſt der groſſe *Grotius*, dafür gehalten haben, daß das ius naturæ und ius gentium zwei unterſchiedene Rechte wären. Wir nehmen aber ihre Meinung nicht an, und folgen vielmehr den Freiherrn von Pufendorf, welcher behauptet, daß es nur ein Recht ſey, aber pro diverſo ſubiecto bald das natürliche, bald das Völcker-Recht genennet werde. Denn wenn man daſſelbe auf die Handlungen der Privat-Leute adpliciret: ſo nennet man es das natürliche Recht; wird es aber auf die Handlungen gantzer Völcker angewendet: ſo heiſſet es das Völcker-Recht. Wir wollen die Sache durch ein Exempel erläutern. Es iſt eine richtige Regel des natürlichen Rechts: pacta ſunt ſervanda. *Titius* hat *Mevio* hundert Ducaten verſprochen, will ihn aber jetzo dieſelben nicht zahlen: ſo ſagen wir, er

Wörter zu bekümmern. Primarium ius gentium wird genennet, quod naturalis ratio inter omnes homines constituit & apud omnes pleræque custoditur, §. 1. I. *h. t.* L. 1. *pr.* D. *de acquir. rer. dom.* Aber eben diese definition hat gemacht, daß die Alten viele Dinge zum Iure gentium secundario zehleten, welche vielmehr Gewohnheiten unterschiedener Völcker zu nennen waren. Z. E. Daß die Kriegsgefangenen Knechte wurden, welche Gewohnheit schon längstens aufgehöret hat. L. 4. D. *de Iustit. & Iur.* Hingegen wird Ius gentium secundarium genennet, quod usu exigente & humanis necessitatibus est introductum. §. 2. I. *h. t.* Daher wird auch dasselbe hypotheticum genennet, quia non nisi posita quadam necessitate obtinet. Z. E. Bellum iustum est, si ponas, te pacem servare non posse. Ita introductum est dominium, si ponas, res communes non sufficere omnibus, nec esse inexhausti usus. Dieses Ius Gentium primarium und secundarium ist von einander unterschieden 1) ratione originis. Denn das primarium ius gentium kömmt her aus der Vernunft, oder vielmehr von GOtt, welcher derselben Urheber ist. Ius gentium secundarium haben die Völcker durch stillschweigende Verträge eingeführet. Z. E. Daß die Verträge zu halten seyn, lehret die Vernunft: daß aber die Kriegsgefangene Knechte wurden, solches hatten die Völcker durch stillschweigende Verträge eingeführet. Das erste ist iuris gentium primarii, das andere secundarii. Sie sind aber 2) auch unterschieden materia. Denn das Ius gentium primarium ist absolutum, quod in homines absolute cadit tamquam in homines, wohin die Religion, und Haltung der Verträge gehöret. Hingegen ist das Ius gentium secundarium hypotheticum, wie wir kurtz vorher gemeldet haben. Es kömmt hierbei auf eine gewisse Nothwendigkeit an, welche allezeit muß zum Voraus gesetzet werden. Also würde der Diebstahl nicht verboten seyn, wenn keine dominia rerum eingeführet wären. Der Krieg würde sich nicht rechtfertigen lassen, wenn wir nicht den Mangel der Gerichte voraussetzen.

§. 40. Da wir bishero die Lehre der Alten von dem natürlichen und Völcker-Recht betrachtet haben; so wird gefragt: ob man nicht beide Rechte besser definiren könne? welches niemand läugnen wird. Denn die neuern Gelehrten, welche das Natur und Völcker-Recht fleißiger excolirt, haben leicht eingesehen, daß die Definition desselben von dessen Urheber und Bekanntmachung müsse hergeholet werden. Da nun aber GOtt der Urheber dieses Rechts ist, und die Bekanntmachung durch die gesunde Vernunft geschehen ist: so kan das Ius Naturæ definirt werden, daß es das Recht sey, welches GOtt dem gantzen menschlichen Geschlecht durch die gesunde Vernunft bekannt gemacht hat. Einen fast gleichen Begrif hat sich der Apostel PAVLVS *Rom. II. 15.* von dem Recht der Natur gemacht, wenn er es nennet: ἐρ-

z. E. die Gesätze von der Beschneidung, Opfern, Aussatz, und andere Ceremonial- und bürgerliche Gesätze. Der sel. Herr Geh. Rath THOMASIVS giebt in *fundamentis iuris naturæ & gentium* folgende characteres von dem iure divino positivo an: *a*) wenn ein Gesätz des alten Testaments im Neuen Testament wiederhohlet worden, so verbindet es alle Menschen, und ist also iuris divini positivi universalis. *β*) Wenn GOtt die Heiden um ein nicht beobachtetes Gesätze gestrafft hat: so ist dasselbe ein lex iuris divini positivi universalis. Denn wenn einer nach einem Gesätz soll gestrafft werden: so muß er auch durch dasselbe Gesätz seyn verbunden worden. Allein der gröste Zweifel ist hierbei, auf was Art und Weise diese Gesätze promulgiret worden. Denn ein Gesätz, welches man nicht bekannt gemacht, kan auch keine Verbindung haben: nun aber weiß ja jedermann, daß das Alte Testament nur den Juden bekannt worden. Es hat auch endlich der Herr THOMASIVS seine Meinung wieder geändert, worin ihm viele andere gelehrte Leute haben Beifall gegeben.

§. 43. Nach Abhandlung dieser Sachen gehen wir zum iure humano oder civili, und also zum dritten Theile dieses Titels. Dieses ius civile nennet der ICtus CAIVS in L. 9. D. *de Iustitia & iure: quod quisque populus sibi constituit, & cuiusque civitatis proprium est.* Hierin unterscheidet sich dasselbe von dem Natur- und Völcker-Rechte, welches nicht einem eintzigen Volck oder Republik allein eigen ist, sondern für das gantze menschliche Geschlecht gehöret. Es setzen nemlich eintzele Völcker viele Dinge, einige aber verbieten sie, welche indifferent seyn, nec in se turpia, nec honesta, sondern weil das Wohl der Republik solches erfordert, wodurch dann dieselben iusta werden. Z. E. die Jagd ist nichts ungerechtes, kan aber durch die iura civilia vieler Völcker verboten werden, da andere dieselben erlauben. Was also eintzele Völker wegen solcher Dinge verordnen, das nennet man iura civilia. Daraus erhellet, 1) daß alle Völcker nicht einerlei ius civile haben, weil nicht allen dieses oder jenes nützlich oder schädlich ist. 2) Sind so viele iura civilia, als es Republiken giebt. Weil doch aber 3) die meisten gesitteten Völcker das Römische Recht wegen seiner grossen Billigkeit freiwillig angenommen haben: so wird dasselbe κατ' ἐξοχὴν, & propter summam eminentiam, ius civile und auch ius commune genennet. Dahero wenn wir heut zu Tage von dem iure civili oder communi reden: so verstehen wir mehrentheils darunter das Römische Recht.

§. 44. Dieses ius civile wird eingetheilet in scriptum & non scriptum. Es ist aber hierbey vor allen Dingen zu mercken, daß wir das Wort scriptum nicht in sensu grammatico annehmen, da es so viel heisset, als aufgeschrieben; (denn es giebt ein ius scriptum, welches niemals aufgeschrieben wor-

worden, und ein ius non ſcriptum, welches man doch aufgeſchrieben hat, wohin die Conſuetudines feudales in unſern Corpore iuris gehören) ſondern muß in ſenſu iuridico genommen werden. Worin aber beſtehet denn derſelbe, und was nennen die Rechtsgelehrten ſcribere? Bei den Rechtsgelehrten heiſſet ſcribere eben ſo viel als promulgare: daher bedeutet ius ſcriptum, ius, quod promulgatum eſt. Dieſe Bedeutung iſt den Griechen nicht unbekannt geweſen, wie wir in dem Scholio gezeiget haben. Denn bei den Griechen hieß γράφειν νόμους ſo viel, als leges promulgare. Ein iedes Recht, welches ausdrücklich, entweder per ſcripturam, oder per vocem præconis, oder auf eine andere Weiſe promulgiret worden, heiſſet ius ſcriptum, es mag daſſelbe hundert ja tauſendmal ſeyn aufgeſchrieben worden, oder nicht. Alſo haben z. E. die Lacedämonier ein ius ſcriptum gehabt, obgleich die Leges Lycurgi niemals in ſcripturam gebracht worden. Dasjenige Recht aber, welches ſtillſchweigend und ohne Bekanntmachung in der Republik entſtehet, es mag nun nachhero aufgeſchrieben werden oder nicht, wird ius non ſcriptum genennet, wie an SCHEPLITZII *Conſuetudinibus Marchicis* zu erſehen iſt. Es erhellet aber aus demjenigen, was wir bishero geſaget haben, daß der Keiſer *Iuſtinianus* in §. 10. *Inſt. h. t.* nicht allzurichtig verfahren, da er dieſe Eintheilung, in ius ſcriptum et non ſcriptum, von der Weiſe der Lacedämonier und Athenienſer herholet, gleichſam als wenn jene ſich nur eines iuris ſcripti, dieſe aber ſich eines iuris non ſcripti bedienet hätten. Denn ſowohl Lacedämon, als auch Athen, hatten iura ſcripta, weil *Lycurgus* nicht weniger als *Solon* ſeine Geſätze promulgiret hatte, ob ſie dieſelben gleich nicht aufgeſchrieben hatten. Dahero müſſen wir bekennen, daß der Keiſer *Iuſtinianus* geirret habe; wir müßten denn ſagen, daß ius ſcriptum in ſenſu grammatico genommen würde: hoc enim ſenſu Athenienſes vere iure ſcripto uſi ſunt, Lacedæmonii iure non ſcripto. Aber alsdenn iſt es nicht nöthig, daß wir ſagen, der Urſprung dieſer Eintheilung ſey von dieſen Republiken herzuholen.

§. 45. Wir haben ſechs ſpecies iuris ſcripti bei den Römern. Die Urſache lieget darin, weil bei ihnen die Form der Republik ſo öfters geändert worden. Denn ſo oft die Form einer Republik geändert wird, ſo oft werden auch die Geſätze geändert. Bei dieſer Veränderung kömmt das Recht Geſätze zu geben auf andere, die daſſelbe vorher nicht hatten, welche Veränderung auch die Veränderung des iuris civilis nach ſich ziehet. Und daraus kan man nun leichtlich abnehmen, wie nützlich und nöthig einem Studioſo iuris die Hiſtoria iuris Romani ſey, ohne welche niemand in den Römiſchen Rechten groſſe Sprünge machen wird. Dieſe ſechs ſpecies iuris ſcripti aber ſind folgende: 1) *Lex*, de qua §. 46. 2) *Plebiſcitum*, de

quo

quo §. 47. 3) *Senatus-Conſultum*, de quo §. 48-50. 4) *Principum Placita*, de quibus §. 51-63. 5) *Magiſtratuum Edicta*, de quibus §. 64-66. Et denique 6) *Reſponſa Prudentum*, de quibus §. 67-70. Und in dieſer Ordnung werden die ſpecies iuris ſcripti in §. 3. *Inſt. h. t.* angeführet. Es möchte aber iemand einen Zweifel überkommen, weil ſich zwei Stellen finden, die einander entgegen zu ſeyn ſcheinen. Denn in §. 3. *Inſt. h. t.* wird das Ius ſcriptum auch dasjenige genennet, welches ex Reſponſis prudentum herkommet: hingegen in L. 2. §. 5. et 12. D. *de Origine iuris* wird davon geſagt, *ſine ſcripto venire, et ſine ſcripto in ſola prudentum interpretatione conſiſtere.* Allein es iſt darin kein Widerſpruch zu finden, wenn wir nur die Zeiten unterſcheiden wollen. Denn anfänglich waren die Reſponſa prudentum ein ius non ſcriptum, weil ſie niemals per modum legum promulgirt worden, ſondern in den ſtillſchweigend Gerichten eine Gültigkeit erhalten haben. Nachdem aber der Keiſer *Iuſtinianus* dieſe Reſponſa in die Digeſta bringen laſſen, und befohlen, daß ſolche als Geſätze von allen ſolten beobachtet werden: ſo haben dieſelben angefangen ein ius ſcriptum zu ſeyn, da ſie ſolenniter promulgiret werden. Wir haben aber von dieſer Sache in dem beigefügten Scholio geredet, und wollen nunmehro die iuris ſcripti ſpecies insbeſondere betrachten.

§. 46. Die erſte ſpecies iuris ſcripti war Lex. Lex wird hier nicht in dem Verſtande genommen, da er bedeutet, *omne præceptum ſummi imperantis, obligans ſubditos ad id, quod rectum eſt*: ſondern wir nehmen hier legem in ſenſu iuris Romani. Wenn wir dahero dieſes verſtehen wollen, ſo müſſen wir ein wenig einen Blick in die Römiſchen Alterthümer thun, und ſehen, wie ehemals bei den Römern die leges gegeben worden. Man hat hierbei auf folgende Dinge zu mercken. 1) Zu den Zeiten der freien Republik der Römer wurde der lex von dem Conſule, Dictatore, Prætore oder einem andern Magiſtratu ſenatorio mit Zuziehung verſtändiger Leute berathſchlaget, ob derſelbe ſich vor die Republik ſchicke, und mit der Einrichtung der Vorfahren übereinkomme, und alsdenn ward derſelbe aufgeſchrieben. Daher wurden auch mehrentheils die Formeln darzu geſetzt: *Si quid ius non fuit rogari, eius hac lege nihil eſſet rogatum*; oder auch: *Si quid contra alias leges eius legis ergo latum eſſet, ut ei, qui eam legem rogaſſet, impune eſſet.* Siehe BRISSONIVM *de formulis populi Romani* p. 138. 2) Wenn der lex anſtändig war: ſo wurde ſolcher dem Rath mitgetheilet, als ohne deſſen Auctorität mit dem Volck nicht konte gehandelt werden. Weil aber der Rath bisweilen ſehr ſchwer daran gieng, daß Comitia ſolten gehalten werden: ſo wurde durch den *Legem Meniam* die Verordnung gemacht: *Vti rogatore comitiorum iuſto poſtulante, patres ante inita ſuffragia fierent auctores eius rei,*

quam populus iussurus esset. War nun dieſes geſchehen: ſo folgete darauf 3) die Promulgation, d. i. der lex wurde öffentlich angeſchlagen *per trinundinum* i. e. per 27. dies, damit ein ieder aus dem Volck denſelben leſen und erwegen konte, ob derſelbe anzunehmen oder nicht. Siehe MANVTIVM *de Legibus* p. 839. Demſelben ward ein Edikt beigefüget, daß das Volck auf das nächſte *trinundinum in campo Martio* erſcheinen ſolte. Hierauf ward der lex 4) *in comitiis centuriatis*, welche *in campo Martio* gehalten wurden, gegeben, allwo der lex hergeleſen wurde. Derjenige, welcher denſelben angegeben hatte, pflegte ihn nebſt andern zu recommandiren: wiewohl auch öfters andere denſelben wiederriethen. Hernach thaten 5) die Prieſter das ihrige, und verrichteten die *Auſpicia*, und dann wurden die *Sitella* oder *Vrnæ* herbeigebracht, worein die Namen der Centurien geleget wurden. Sodann geſchahe die Loſung, in was vor Ordnung die Centurien ihre Stimmen geben ſolten. Ferner geſchahe 6) die *Rogatio* durch die ſolenne Formel: *Velitis iubeatis Quirites hoc ita uti dixi, ita vos Quirites rogo.* Alsdenn wurde hinzugeſetzt: *Si vobis videtur diſcedite, Quirites;* und wenn dieſes geſchehen war, gieng ein ieder zu ſeiner Centurie. Nach dieſen wurden 7) einem ieden Bürger zwei Tafeln ausgetheilet, auf deren eine geſchrieben war A. d. i. *antiqua probo*, auf der andern aber V. R. d. i. *uti rogas.* Dann wurden 8) die ſuffragia abgeleget, da die Bürger entweder tributim oder centuriatim über gewiſſe Brücken giengen, und eine von beiden Tafeln in einen Kaſten warfen. Denn ſie konten dabei thun, was ſie wolten, *eisque licitum erat vel legem probare, vel antiquare.* Nach Vollbringung dieſes wurden 9) die Tafeln gezehlet, und wenn diejenigen, auf welchen der Buchſtabe A. ſtunde, die mehreſten waren: ſo ward dafür gehalten, daß der lex nicht genehmiget wäre. Waren aber die mehreſten Tafeln mit den Buchſtaben V. R. vorhanden: ſo hatte alsdenn der Lex ſeine Richtigkeit. Letzlich ward 10) der lex mit einem Eide beſtätiget, und in Ertz gegraben. Wir haben von dieſer Weiſe in unſern *Antiquitatibus Romanis lib. I. Tit. II.* ausführlich gehandelt. Da wir nun dieſes zum voraus geſetzet haben: ſo können wir die definitionem legis gar leicht verſtehen. Nemlich: Lex eſt, quam populus Romanus (univerſus) ſenatorio magiſtratu (veluti conſule, prætore vel dictatore) rogante conſtituit. Es erhellet daraus, daß zu Zeiten der freien Republik zwo legis requiſita geweſen: a) daß der lex von dem gantzen Volck muſte gegeben werden, welches aus den patriciis und plebeiis beſtunde, und b) daß derſelbe muſte rogante magiſtratu ſenatorio gegeben werden. Bei uns in dem Teutſchen Reich haben wir faſt eine gleiche Weiſe die Geſätze auf dem Reichs-Tage zu geben, allwo rogante imperatore alle Reichs-Stände das Geſätz machen, und da wird die Rogatio Cæſaris ein Commißions-

De-

Decret genennet. Was nun alle Reichs-Stände geſchloſſen haben, welches ein Reichs-Gutachten genennet wird, das beſtätiget der Keiſer: und dieſes iſt lex.

§. 47. Hieraus wird klar, wie das Plebiſcitum vom Lege unterſchieden ſey. Denn ein Plebiſcitum wurde 1) nicht von dem gantzen Volcke gegeben, ſondern nur von den Plebeiis, und geſchahe 2) ſolches non rogante ſenatorio magiſtratu, ſed plebeio i. e. *Tribuno aliquo plebis.* LIVIVS *lib.* II. c. 56. DIONYSIVS HALICARN. *lib.* I. p. 598. HVBER *Digreſſ. lib. II. cap. I.* §. 10. Dieſe Plebiſcita ſind daher entſtanden. Nach Ausjagung der Könige war eine groſſe Ialouſie unter den Patriciis und Plebeiis, weil jene eine Ariſtocratie, dieſe aber eine Democratie feſt zu ſetzen ſuchten. Weil nun die Patricii den Plebeiis tauſend Verdruß machten: ſo wurden dieſe endlich toll, und zogen mit hellen Hauffen aus der Stadt, und begaben ſich in montem ſacrum. Die Patricii wendeten hierauf alles an, um die Plebeios zu beſänftigen: allein dieſe wolten ſich nicht eher geben, bis ſie ihre hochheilige Tribunos plebis bekommen hätten, die ſie wieder alle Bedrückungen der Patriciorum beſchützen könten, wovon LIVIVS *lib. III. cap.* 55. umſtändlich handelt. Hierauf erhielten die Plebeii ihre Tribunos plebis, und dieſe haben den Patriciis nach der Zeit manchen verdrießlichen Poſſen geſpielet. Es war zwar ein Verſehen, daß Senatus dieſen Schutz dem Plebeiis auſſer ſeinem Corpore verſtattete: allein die Sache ſahe gar zu verzweifelt aus, und es war zu beſorgen, daß die Plebeii ſich mit den benachbarten Völckern vereinigen möchten. Dahero hieß es bei ihnen:

Res dura et - - novitas me talia cogunt
Moliri.

Die Tribuni plebis ſtrebten in den folgenden Zeiten nach der höchſten Gewalt, und ſuchten eine Democratie einzuführen. Dahero fingen ſie an Geſätze per plebis ſuæ ſuffragia zu machen, welche Plebiſcita genennet wurden, woraus neue Streitigkeiten entſtunden. Denn der Römiſche Rath und Patricii wiederſtunden hierin den Tribunis plebis auf das heftigſte, und wenn dergleichen Plebiſcitum gegeben war, hielten ſie ſich dadurch nicht verbunden. Nach vielen und langen Streitigkeiten zogen A. V. C. 304. die Plebeii zum andern mal aus der Stadt hinaus in montem ſacrum. Darüber waren die Patricii ſehr verlegen, und die Burgemeiſter *Lucius Valerius* und *Marcus Horatius* machten ein Geſätz, *ut quod tributim plebs iuſſiſſet, populum teneret*; welches die Patricii ſo mußten geſchehen laſſen, weil es nicht zu ändern war. LIVIVS *lib. III. cap.* 58. DIONYSIVS HALICARNASS. *lib.* XI. p. 725. Alſo wurden nun durch das Wort *Populus* ſowohl die Patricii als Plebeii verſtanden, und ſolten die Plebiſcita beide verbinden. Es währete aber dieſes

ſes nicht lange, ſo chicanirten die Patricii vom neuen, und ſagten, populus heiſſe ſo viel als plebs, worunter die Patricii nicht könten verſtanden werden. Dieſes zu heben ſetzte der Dictator, *Quintus Publilius*, A. V. C. 416. feſte: *ut plebiſcita omnes Quirites tenerent.* LIVIVS *lib.* VIII. *cap.* 12. Auf dieſe Art konten die Patricii nicht läugnen, daß ſie nicht unter den Namen, *Quirites*, begriffen würden. Denn alle Römer wurden von *Romulo*, oder *Quirino*, Quirites genennt, nur die Soldaten nicht; woraus man ſehen kan, warum die Soldaten *Iulii Cæſaris* ſich ſogleich zur Ruhe begeben, da ſie *Quirites* genennet worden. SVETONIVS *in Iulio Cæſare*, *cap.* 20. Weil nun die Patres ſahen, daß ſie nicht mehr chicaniren konten: ſo brachten ſie das Volck durch den ſtarcken Wucher in die äuſſerſte Armuth, welches das Volck bewog, A. V. C 465. einen neuen Aufſtand zu machen, und aus der Stadt zu ziehen. Es ſahe damals recht gefährlich aus, bis endlich *Quintus Hortenſius* zum Dictatore gemacht ward, welcher das Volck klaglos ſtellete, und im folgenden Jahr ein neues Geſätz machte: *ut quod plebs iuſſiſſet, omnes Quirites tenerct.* EPITOMATOR LIVII *lib. XI.* GELLIVS *lib. XV. Noct. Attic. cap.* 27. §. 4. *Inſt. h. t.* Daher klinget es ſehr wunderlich, wenn ACVRSIVS *in Gloſſa ad* §. 4. *Iuſt. h. t.* ſchreibet, daß dieſer lex von dem Könige *Hortenſio* gegeben worden. Von dieſer Zeit an war ratione effectus inter leges proprie ſic dictas & plebiſcita kein Unterſcheid, weil beide alle Römer verbunden. Und daher kommt es, daß man die Plebiſcita leges genennet hat. Denn obgleich in §. 4. *Inſt. h. t.* noch ein Unterſchied gemacht wird inter leges & plebiſcita: ſo trift man doch denſelben in den Digeſtis nicht an, weil die Plebiſcita unter den legibus mit begriffen werden. Quæ enim effectu non differunt, ea in iure plane non differre videntur. Alſo ſind die *Leges Aquillia*, *Atilia*, *Falcidia*, *Atinia*, *Scribonia*, *Voconia &c.* nichts anders als Plebiſcita. MERVLA *de Legibus Romanis* c. 24. ſagt zwar, daß die Plebiſcita nur einen Namen hätten; die leges proprie ſic dictæ aber zwei, z. E. *Aelia Sentia*, *Iunia Norbana*, *Papia Poppæa &c.* Allein obgleich dieſes zuweilen eintrift: ſo giebt es doch auch einige leges proprie ſic dictas, die nur einen Namen haben, als *Iulia*, *Hortenſia*, und die meiſten *Leges Corneliæ*. Daß alſo das angegebene Kennzeichen nicht als richtig kan angenommen werden.

§ 48 = 50. Die dritte ſpecies iuris ſcripti, ſind die Senatus-Conſulta, welche nach den Unterſchied der Zeiten müſſen betrachtet werden: denn anders waren die Senatusconſulta beſchaffen zur Zeit der freien Republik, anders zur Zeit der Keiſer. Zur Zeit der freien Republik wurden zwar viele Senatusconſulta gemacht, allein dieſes waren keine leges, weil der Römiſche Rath nicht das Recht hatte Geſätze zu geben. Es iſt zwar an dem, daß ſich

der

der Römiſche Rath bei Anfang der Republik ſehr viel angemaſſet hat, weil die Patricii damals eine Ariſtocratie einführen wolten. Man kan dieſes aus einer Stelle DIONYSII HALICARN. *lib.* VI. p. 392. erſehen, allwo es heiſſet: *Scitis ſane, legem nobis eſſe iam inde ab urbe condita, quæ omnia in ſenatus poteſtate ponit, præter magiſtratuum creationem, legum lationem, & belli inferendi deponendique arbitrium. Horum trium poteſtatem eſſe penes populi ſuffragia.* Allein es war genug, daß die Patres nicht ihren Zweck erhielten, und da ward alſo dem Rath keine Gewalt, Geſätze zu machen, zugeſtanden. Es waren aber zur Zeit der freien Republik die Senatusconſulta Decreta ſenatus, de rebus eius curæ demandatis. Z. E. de ferendis legibus, de provinciis ſortiendis, de delectu militum habendo, de ærario, de pecunia publica &c. Siehe LAMOSCIVM *de Senatu Romano* p. 174. & ſeqq. Aber manchmal hatte Senatus in wichtigen und gefährlichen Vorfallenheiten eine groſſe Gewalt, und da hieß es: *darent operam conſules, ne quid reſpublica detrimenti capiat.* Daher wird dieſes extremum & ultimum Senatusconſultum genennet bei LIVIO *lib. III. cap.* 4. CÆSARE *de bello Civili, lib. II. cap.* 1. BRISSONIVO *de formulis populi Romani* p. 212. Wie dieſe Senatusconſulta gemacht worden, ſolches würde zu erzehlen ſo weitläuftig fallen: wer aber Belieben träget, ein mehreres davon zu wiſſen, derſelbe beliebe unſere *Antiquitates Romanas lib. I. Tit. II.* nochzuleſen. Auf eben die Art und Weiſe wie dieſe Senatusconſulta tempore liberæ reipublicæ gemacht wurden, hat man dieſelben auch unter den Keiſern verfertiget, nur pflegten die Keiſer eine Rede zu halten, worauf der Rath ſogleich ſich conformirte. Zwar unter dem Keiſer *Auguſto* wurden die leges per ſuffragia populi gegeben, damit es nicht das Anſehen gewinnen möchte, als wenn *Auguſtus* eine Königliche Regierung einführen wolle. Allein der liſtige *Tiberius* überredete das Volck, daß es ihnen beſchwerlich wäre, dergleichen Weiſe noch ferner zu beobachten, §. 1. *Inſt. h. t.* L. 2. §. 9. D. *de Origine iuris.* und dahero verlegte er, unter dem Schein, dem Volcke eine Erleichterung zu machen, die Comitia von dem Campo Martio auf das Rathhaus. Siehe TACITI *Annales lib. I. cap.* 15. Es that aber dieſes *Tiberius* aus keiner andern Urſache, als daß er alle Gewalt haben, und alſo ändern konte, was er wolte. Denn die Senatores wurden ſervа pecora, welche ſich nicht unterſtunden, gegen ſeine Befehle etwas einzuwenden. Weil nun auf ſolche Art die Senatusconſulta unter den Keiſern eine gantz andere Geſtalt bekamen; ſo müſſen wir ein wenig hierbei ſtehen bleiben, und zuſehen, wie es damit zugegangen iſt. Vors erſte, wenn ſich der Rath verſammlet hatte, pflegten die Keiſer eine Rede zu halten, worin ſie das Geſätz recommandirten: und daher kommt es, daß die Senatusconſulta, orationes principum, oder auch iura orationibus principum

pum conſtituta genennet wurden. SCIPIO GENTILIS *de Orationibus principum.* Zum andern muſte ein Quæſtor Candidatus dieſelbe herleſen. *L. un. cap.* 2. 3. D. *de Officio Quæſtoris.* Drittens geſchahe die Relation von dem Bürgemeiſter, und die Rathsherren gaben ihre Stimmen. Viertens, wenn dieſes geſchehen war, ſo ſagte der Burgemeiſter: *Qui hac ſententiis in hanc, qui alia omnia in illam partem diſcedite, qua ſententiis.* Nach Vollbringung dieſes ſtunden zum fünften die Rathsherren auf, und ein ieder trat dem Theile bei, mit welchen er es hielte. Sechſtens, wenn die meiſten Stimmen für die Rede des Keiſers waren: ſo wurde das Senatusconſultum aufgeſchrieben, in Ertz gegraben, und öffentlich ausgeſtellet, hernach in das Ærarium Saturni beigelet. Es iſt hierbei zu mercken, daß die Senatusconſulta ihre Namen von den Burgemeiſtern erhalten, welche die Relation ad ſenatum gethan, wie man ſehen kan an dem *Senatusconſulto Trebelliano, Velleiano, Tertulliano* und *Orphitiano.* Ein einziges Senatusconſultum iſt, welches von einem gewiſſen böſen Menſchen, welcher dazu Gelegenheit gegeben hatte, benennet worden, nemlich SCtum Macedonianum. Denn dieſer improbus foenerator hieß *Macedo.* L. 1. D. *de SCto Macedoniano.* Hierbei wird gefragt: wie lange die Senatusconſulta üblich geweſen? Wir antworten darauf, daß dieſes ſo lange geſchehen ſey, bis die Keiſer nicht mehr nöthig gefunden, das Volck mit ſimulacris libertatis zu amuſiren. Wir finden, daß unter der Regierung der Keiſer *Caracallæ, Elagabali* und *Alexandri* der Senatusconſultorum noch Meldung gethan werde: nach dieſen Zeiten aber iſt dieſer Name verſchwunden, wovon zwo Urſachen angegeben werden; weil α) das Römiſche Volck des ſouverainen Regiments der Keiſer gewohnt war, und β) per Legem Regiam alle Gewalt dem Keiſer übertragen worden: daher ſind nach dieſer Zeit, wenn neue Rechte zu ſetzen waren, die Conſtitutiones Principum gebräuchlich worden. Denn obgleich dieſelben zu Zeiten *Veſpaſiani* ſchon bekannt geweſen ſind, wie wir davon ein Exempel in L. 4. §. 6. D. *de Legationibus* antreffen: ſo iſt doch dieſes ſehr ſparſam geſchehen, und dieſelben haben in den folgenden Zeiten erſt ihren rechten Gebrauch bekommen.

§. 51. Die vierte Speciem iuris ſcripti machen die Conſtitutiones principum aus, von welchen wir gegenwärtig handeln wollen. Wir haben dabei zu ſehen, 1) was Conſtitutiones principum ſeyn? §. 51. 2) Wie vielerlei dieſelben ſeyn? §§. 52-55. 3) Ob dieſelben vim legis haben? §. 56-58. und 4) quid ſint privilegia, quotuplicia, & quid circa ea iuſtum ſit? §. 59-63. Was die erſte Frage anbetrift, was Conſtitutiones principum ſeyn? ſo antworten wir darauf: *Sunt principum placita, quæ ſi principes volunt, legis habent vigorem.* Dieſe definition findet ſich in L. 1. pr. D. *de Conſtitutionibus*

prin-

principum, aber die Worte, welche wir dazu geſetzet haben, nemlich, ſi principes volunt, ſind in §. 6. *Inſt. h. t.* enthalten. Denn man muß wiſſen, daß nicht alle placita und conſtitutiones principum Geſätze geweſen, ſondern nur diejenigen hat man als Geſätze betrachtet, welche die Keiſer dafür haben wollen gehalten wiſſen. Daher denn auch die einzeln und beſondern Briefe der Keiſer, dergleichen in PLINII Briefen *lib. X.* von *Traiano* anzutreffen, nicht als Geſätze gegolten, worunter auch die Reſcripta, welche ad preces privatorum ergangen, zu rechnen ſind, als gegen welche allezeit die exceptio ſub & obreptionis ſtatt findet, ſi preces veritate non nitantur, wie dieſes unten bei den §. 56. ausführlich ſoll gezeiget werden. Wenn man nun fragt, woher dieſes komme, daß ſie nicht als Geſätze gelten; ſo antworten wir darauf: weil es der princeps ſelbſt nicht haben will. Alſo werden die conſtituriones principum nur alsdann für Geſätze angeſehen, wenn die principes ſolches verlangen. Einige Exempel finden ſich in l. 2. D. *de his qui ſui vel alieni iuris ſunt*, L. 5. §. 2. D. *de immunitatis*.

§. 52. Aber wie vielerlei ſind denn die conſtitutiones principum? Wir antworten darauf, daß es derſelben zweierlei gebe: α) generales, und β) ſpeciales. Generales ſind, worin der princeps etwas befiehlet, welches alles Volck angehet, dahero auch daraus zu ſchlieſſen, daß er alle habe verbinden wollen. Es iſt aber dieſes nicht zu verſtehen ratione obligationis, quia omnes obſtringunt, (denn man kan dieſes auch von den Privilegiis ſagen) ſondern ratione ſubiecti ad quod diriguntur. Sie ſind alſo nicht auf einen oder den andern gerichtet, ſondern gehen auf alle in der Republik. Z. E. der Fürſt publicirt ein Edikt, worin er den Zweikampf bei Lebens Strafe verbietet: ſo iſt dieſes eine Conſtitutio generalis. Speciales conſtitutiones ſind nur auf eine oder die andere Perſon gerichtet, oder es wird denſelben darin etwas auſſerordentliches zugeſtanden, oder aufgelegt, alſo, daß man daſſelbe zu keiner Folge ziehen kan. Z. E. Wenn der Landesherr dem *Titio* die Freiheit verſtattet, daß ſonſt niemand als er in der Stadt Wein ſchencken ſoll, oder, er läſſet einen Dieb mit ſchärfferer Straffe belegen, als ſonſt gewöhnlich iſt, wovon wir auch ein Exempel haben in L. 2. D. *de his qui ſui vel alieni iuris ſunt*, und dieſe ſpeciales principum conſtitutiones werden auch privilegia genennet, von welchen unten (§. 59.) zu reden Gelegenheit ſeyn wird. Dieſe Conſtitutiones generales werden eingetheilet in Reſcripta, Decreta & Edicta, von welchen in den folgenden §§phis.

§. 53. Reſcripta ſind, quibus princeps ad libellos, vel ἀξιώσεις partium, vel ad conſultationes magiſtratuum reſpondet. Denn es pflegte öfters zu geſchehen, daß einzele Perſonen dem principi Bittſchriften einreicheten, worin ſie ſich über dieſes oder jenes Unrecht beſchwerten, dergleichen auch wohl

zu-

zuweilen von Unter-Obrigkeiten, Städten und Colonien geschahe, worin sie den principem fragten, was zu thun sey. Was nun derselbe darauf antwortete, das nennete man Reſcriptum. Dieſe waren ehemals bei denen Römern ſehr bekannt, weil viele Secten waren; wenn dahero ein diſſenſus war, ſo trug man denſelben den Keiſer vor: und wenn er darüber eine Entſcheidung gab, ſo nennete man dieſelbe Reſcriptum. Aber dieſe Reſcripta bekamen pro diverſitate conſulentium unterſchiedene Namen, und hieſſen bald Adnotationes oder Subnotationes, bald Epiſtolæ, bald Sanctiones pragmaticæ, L. 6. Cod. *de diverſis principum reſcriptis*, L. 1. Cod. *de precibus imperatori offerendis*, L. 7. pr. & §. 1. *eod.* L. 3. §. 1. D. *de teſtibus*, L. 6. §. 3. D. *de officio Proconſulis*. Es fragt ſich aber, wenn bekommen die Reſcripta den Namen der Adnotationum, oder Subnotationum? Wir antworten: quando princeps reſpondet ad libellos partium ſeu privatorum. Denn da pflegten die Keiſer durch den Magiſtrum libellorum darunter ſchreiben zu laſſen, was reſcribirt werden ſolte, wovon wir in L. 9. D. *ad L. Rhod. de iactu* bei BRISSONIO *de formulis populi Romani* p. 292. und GRVTERO *in Inſcriptionibus* p. 607. Exempel finden. Epiſtolæ aber ſind, wenn der princeps auf die Anfragen der Unter-Obrigkeiten antwortet, dergleichen viele in PLINII *Epiſtolis, lib. X.* von dem Keiſer *Trajano* angetroffen werden, ſiehe auch L. 6. §. 3. D. *de officio Proconſulis*. Sanctiones pragmaticæ heiſſen, wenn der princeps auf die Anfragen gantzer Gemeinden, als Provinzen, Städte, u. d. m. antwortet. IACOBVS GOTHOFREDVS *in Commentario ad Codicem Theodoſianum* T. I. p. 25. und der Herr Geh. Rath BOEHMER in der Diſſertation *de Sanctionum pragmaticarum indole* handeln davon ausführlich. Ein Exempel findet ſich in L. 4. §. 5. D. *de Officio Proconſ.*

§. 54. Wir kommen in dieſem §pho auf die Decreta, welches gewiſſe Conſtitutiones waren, *quibus princeps inter partes cauſſa cognita vel ſententiam ferebat, ſive de ſimplici & plano interloquebatur*, welche definition ex L. 1. §. 1. D. *de Conſtitutionibus principum* genommen iſt. Hier iſt zu mercken, daß wichtige Sachen, es mochten dieſelben nun bürgerliche oder peinliche ſeyn, durch den Weg der adpellation gar oft an die Keiſer gebracht wurden, wie wir ſolches an dem Exempel des Apoſtels Pauli erſehen können, welcher, als er wegen eines Aufruhrs verklaget ward, an den Keiſer adpellirte, *Actor. XXV, 11. 12.* Nun war in Rom ein Collegium der Rechtsgelehrten zu dem Ende niedergeſetzet, welches ſich in den Palais des Keiſers verſammlete, allwo daſſelbe die Sachen überlegte, und den Keiſer unterrichtete, wie das Urtheil zu fällen ſey. SPARTIANVS *in vita Hadriani cap. 18.* hat uns davon eine merckwürdige Stelle aufgezeichnet, welche alſo lautet: *Quum iudicaret* (Hadrianus) *in conſilio, habuit non amicos ſuos, aut comites ſolum, ſed iureconſultos, & præcipue*

cipue Iulium Celſum &c. Wenn nun der Keiſer nach angehörten Sachen der Parteien den Ausſpruch that: ſo nennte man dieſes Decretum. Man machte aber bisweilen einen Unterſcheid inter decretum & interlocutionem. Und da heiſſen decreta ſententiæ, quas princeps adhibito ſolemni ordine & ſtrepitu iudicum ferebat, wovon Exempel in §. ult. *Inſt. de vulgari ſubſtitutione* zu finden L. 13. *D. quod metus cauſſa.* Dagegen nennete man interlocutionem, quam princeps de plano & ſine ſtrepitu iudicii proferebat, §. 6. *Inſt. h. t.* L. 1. §. 1. D. *h. t.* davon ſind Exempel in L. 7. D. *ad L. Iuliam, de vi privata* und in PHILONIS *legatione ad Cajum* anzutreffen. Daß aber auch dieſe manchmal reſcripta genennet worden, hat EMVNDVS MERILLIVS *lib. II. Obſervat.* angemercket.

§. 55. Nun ſind noch die Edicta übrig, welches conſtitutiones ſind, quibus princeps ius aliquod novum motu proprio ad univerſorum civium utilitatem conſtituit L. 1. §. 1. D. *de Conſtit. princ.* Wir müſſen hier aber auf den Unterſchied ſehen, welcher ſich unter den Reſcriptis, Decretis, Mandatis und Edictis befindet. Dieſe Edicta ſind a) unterſchieden von den reſcriptis, weil in dieſen der princeps aus eigener Bewegnis, in reſcriptis aber auf Anſuchung anderer etwas ſetzet. So ſind ſie auch b) unterſchieden von den decretis, weil in den edictis ein neues Recht geſetzet, in den decretis aber das alte angewendet wird. Und denn c) differiren ſie auch von den mandatis, weil die edicta auf alle Unterthanen gerichtet ſind: die mandata aber nur gewiſſe Perſonen angehen. Z. E. den Unter-Obrigkeiten, Geſandten und Feldherren werden öfters gewiſſe inſtructiones gegeben, in welchen ihnen befohlen wird, was ſie thun ſollen. Dieſes ſind keine edicta, ſondern mandata, weil ſie nicht alle und jede Unterthanen, ſondern nur diejenigen verbinden, welchen ſie gegeben ſind. IACOBVS GOTHOFREDVS *ad L. un. Cod Theodoſ. de mandat. principum.* T. I. p. 28.

§. 56. Aus dieſen definitionen kan nun die dritte Frage gar leicht entſchieden werden: An hæ conſtitutiones principum ius faciant? Was 1) die Reſcripta anbetrift, ſo machen dieſelben nicht allezeit ein ius aus, ſondern gelten auch öfters gar nichts, α) ſi preces veritate non nitantur, per L. *fin. Cod. de divers princ. reſcript.* Denn es wird nicht vermuthet, daß der princeps auf die bloſſe Erzehlung einer Partei etwas habe befehlen wollen, als unter der Bedingung, ſi preces veritate nitantur. Dahero auch heut zu Tage gemeiniglich die Clauſul pfleget dazu geſetzet zu werden: dafern es ſich nun angebrachter maſſen ſo verhält, ſo befehlen wir in Gnaden ꝛc. Wenn aber dieſelbe auch nicht dabei ſtehen ſolte, ſo wird ſie doch allezeit darunter verſtanden, nach dem C. 2. X. *de reſcriptis.* Dahero denn auch gegen ſolche reſcripta, wenn ſie nicht peremptoria ſind, kan ſuppliciret

werden. L. 2. *Cod. de prec. princ. off.* und findet allezeit die exceptio ſub- & obreptionis ſtatt. So werden β) auch dieſelben nicht attendiret, ſi dies & conſul non ſit adſcriptus. d. i. Tag und Jahr. Es hat zwar *Tribonianus* den L. 4. *Cod. de divers. princ. reſcript.* darin dieſes ſtehet, auf die beneficia perſonalia gezogen: allein der L. 1. *Cod. Theodoſ. de Conſtit. princ. & edict.* redet überhaupt von allen reſcriptis, und darnach richtet man ſich auch in praxi. BARTOLVS *ad §. pen. Conſtit. de novo Cod. fac.* So findet auch γ) dieſes ſtatt, wenn die Unterſchrift des principis mangelt. L. 6. *Cod. de divers. princ. reſcript.* Darin ſtehet von dem Sacro encauſto, welches eine Purpur-Farbe war, womit die Morgenländiſchen Keiſer ihre Reſcripta zu unterſchreiben pflegten, welches ſehr prächtig ausſahe, von welcher Weiſe der P. MONTFAVCON *in Palæographia Græca* p. 2. ſeqq. und STRYK *de Sacro Encauſto* ausführlich gehandelt haben. Weil es aber die Umſtände groſſer Herren nicht allezeit leiden wollen, daß ſie ſelbſt unterſchreiben; ſo pfleget man heut zu Tage die Formel zu gebrauchen: *Ad Mandatum Sacræ Cæſareæ Majeſtatis proprium*, oder: Auf Ihro Königl. Majeſtät *Special* Befehl. Es kan auch ein reſcriptum δ) kein ius machen, wenn ſich ein Verdache findet, daß daſſelbe falſch ſey. L. *ult.* D. *ad L. Corneliam de falſis.* Z. E. Es hat einer eine Expectantz erhalten, da ein anderer ſchon eine ältere gehabt; jener radiret etwas darinne aus und ſetzet etwas anders hinein, ſo macht er ſich dadurch der ſeinigen eo ipſo verluſtig, und kan noch dazu als ein falſarius geſtrafft werden. Aber qu. wie kan man ſolches herausbringen? Reſp. wenn man bei Hofe das Reſolutions-Buch nachſchlägt. Doch iſt auch hierbei zu mercken, quod falſitas nequicquam præſumatur; niſi aliæ concurrant circumſtantiæ. Vid. STRYK *de falſitat. prec. princ. obl.* c. 3. §. 4. Endlich ε) gehet es auch nicht an, wenn einer ſolte ein reſcriptum erhalten haben in detrimentum reipublicæ, oder in præjudicium iuris tertio quæſiti L. 3. L. 7. *Cod. de prec. imp. off. L. ult. Cod. ſi contra ius vel util. publ.* Solches nun zu vermeiden, pfleget heut zu Tage die Clauſel den reſcriptis beigefüget zu werden: Uns und unſern Nachkommen, auch ſonſt jedermann an ſeinen Rechten unbeſchadet.

§. 5. Von den Decretis iſt 2) folgende Regel zu mercken: Decreta ſeu ſententiæ principum tantum ius faciunt inter partes, quæ eas impetrarunt, non inter alios. Denn dieſe decreta ſind nichts anders als Urtheile: dieſe aber ſind keine Geſätze, ſondern Anwendungen der Geſätze. L. 2. *Cod. de Legibus & Conſtitut.* und daher können ſie auch kein Recht machen, als unter den Parteien, weil ſie cauſſa cognita gegeben worden. Es werden aber hierbei zween Fälle ausgenommen α) quando princeps legem obſcuram ſimul exponit, tunc ſimul ea expoſitio pro lege eſt L. 12. §. 1. *Cod. eod.* Denn da

iſt

iſt hier eine interpretatio authentica, quæ inſtar novæ legis eſt. β) Quando princeps diſerte iubet, ut eodem modo & in aliis ſimilibus caſibus pronuncietur l. 3. *Cod. eod.* Hieraus erhellet zugleich, daß die Urtheile und Entſcheidungen der Gerichte gar nicht als Geſätze können angeſehen werden, da nicht einmal allezeit die Decreta principum das Anſehen haben, L. 63. *D. de re iud.* l. 2. *Cod. quib. res iudic. non noc.* Alſo hat SANDE *deciſiones curiæ ſupremæ Friſiæ* geſchrieben, dergleichen auch Herr ZACHARIAS HVBER in ſeinen *Obſervationibus rerum iudicatarum* herausgegeben. Allein es machen dieſelben kein Ius und man ſiehet daß dieſe neue Friſiſche Deciſiones von den alten ſehr weit abweichen, wie Herr HVBER *in Obſerv. rer. iudicat* 93. p. 43. ſelbſt bekennet, da ſich bei ihm ein Deciſum findet, welches einem andern bei dem SANDE gantz entgegen iſt: ob ſie gleich bei einem Tribunal gegeben worden. Es hat aber BRVNNEMANN *de Ceſſione actionum* c. 1. §. 79. wohl angemercket, daß dergleichen Deciſiones, welche von ſolchen hohen Collegiis gegeben worden, gar leicht eine Obſervantz hervor bringen können. Wir haben ein Exempel in Sachſen, allwo die Erfahrung lehret, daß die meiſten Præjudicia, die ſich in CARPZOVII Schriften finden, als Gewohnheiten gelten. Dieſes aber kömmt daher, weil es der Landesherr geſchehen laſſen, daß die vorgefallenen Rechts-Sachen darnach entſchieden worden ſind.

§. 58. Was 3) die Edicta betrift, ſo haben wir davon die unwiderſprechliche Regel: ea proprie eſſe leges. Daher werden dieſelben in dem Iure Romano auch ausdrücklich leges genennet L. 6. *Cod. de ſecund. nupt.* l. 2. *Cod. ubi curial. vel cohort.* l. 6. *Cod. de diverſ. præt. urb.* Sie heiſſen leges edictales perpetuæ, in perpetuum valituræ, ſacra oracula, ſacræ conſtitutiones. Dahero heiſſet auch edicere ſo viel, als legem præſcribere, vel rebus certam formam dare. Wir beweiſen es auch damit. Da die Conſtitutiones generales vigorem legis haben, wenn ſolches der princeps haben will (§. 51.) ſo folget daraus, daß auch die Edicta vigorem legis haben müſſen, weil der princeps, da er dieſelben giebt, ausdrücklich haben will, daß dieſelben überall und von allen Unterthanen ſollen beobachtet werden. Da alſo dieſe Edicta nichts anders als leges ſind: ſo iſt auch daraus zu erſehen, daß dieſelben gleich andern Geſätzen nur auf die zukünftige Zeit verbinden l. 22. *D. de Legib.* L. 7. *Cod. de Legib.* L. *pen. Cod. de Decurion.*

§. 59. Da bisher von den Conſtitutionibus generalibus iſt gehandelt worden: ſo folgen nunmehro die ſpeciales, welche auch privilegia genennet werden. Privilegia heiſſen ſo viel als privæ leges; denn bei den Alten hieß privus ſo viel als ſingularis: daher iſt ein privilegium lex ſingularis. Es unterſcheiden ſich dieſe Conſtitutiones ſpeciales oder privilegia von den Conſtitutionibus generalibus darin: a) daß die Conſtitutiones generales ein Ius

Commune ausmachen, die ſpeciales aber etwas contra ius commune zuſtehen. So machen auch b) jene die Regel, dieſe die Ausnahme. Jene laſſen c) die interpretationem extenſivam zu: dieſe aber können nicht zur Folge gezogen werden. l. 14. D. *de Legib.* l. 1. §. 2. *de Conſtit Princ.*

§. 60. Wir haben hier die Definition von den Conſtitutionibus ſpecialibus oder Privilegiis gegeben, und dieſelben genennet Conſtitutiones, quibus imperans vel ob meritum aliquid indulget, vel poenam irrogat extra ordinem, ut tamen ad exemplum non trahantur §. 6. l. *h. t.* Aus dieſer gegebenen Definition kan man gar leicht auf die Fragen antworten, welche von den Privilegiis pflegen aufgeworfen zu werden: 1) an privilegia recte dicantur leges? Wir antworten, daß dieſelben allerdings leges ſind, weil ſie von demjenigen herkommen, qui habet ſummam poteſtatem in republica. Es möchte aber jemand hier einwenden, daß dieſelben keine Verbindlichkeit machten weil ja der privilegiatus ſich ſeines Rechts begeben, und von dem Gebrauch des privilegii ſich losſagen könte. Allein auch hierauf dienet zur Antwort, daß die privilegia zwar nicht die privilegiatos, aber doch die übrigen Bürger verbinden, daß ſie die privilegiatos in Ausübung ihres Rechts nicht hindern ſollen. Und in Anſehung dieſer Verbindung heiſſen die privilegia leges, und verdienen dieſen Namen mit allem Recht. 2) Ob die privilegia und Iura ſingularia von einander unterſchieden ſeyn? Dieſe Frage muß gleichfalls bejahet werden. Denn obgleich die Iura ſingularia unter dem Namen der privilegiorum mit begriffen werden, CUIACIUS *lib. XV. Obſerv.* c. 8. ſo ſind doch dieſelben von einander unterſchieden. Denn die iura ſingularia ſind beneficia certo perſonarum ordini, ſexui &c. data. Z. E. die minores haben das beneficium legis daß ſie können in integrum reſtituirt werden: die Frau hat wegen ihres Eingebrachten ein ſtillſchweigendes Unterpfand in den Gütern des Ehemanns, und wird bei einem Concurſu creditorum den übrigen Gläubigern vorgezogen ꝛc. Dieſes ſind iura ſingularia, die zwar auch privilegia heiſſen, ſie ſind aber doch unterſchieden, weil a) die iura ſingularia von den Geſätzen zugeſtanden, nicht aber erſt von dem principe dürffen erlanget werden. So werden dieſelben auch b) vielen Perſonen eiusdem ordinis, ſexus & conditionis, die privilegia aber nur einzelne Perſonen gegeben, welches der oben angeführte Cujacius am erſten gezeiget hat.

§. 61. Aus der in vorigen §pho beigebrachten definition flieſſet die Eintheilung der privilegiorum, welche darin beſtehet, daß dieſelben vel favorabilia, vel odioſa ſind. Favorabilia nennet man, welche gewiſſen Perſonen wegen beſonderer Verdienſte gegeben werden, als z. E. wenn einem der Seiden-Handel gantz gantz allein zugeſtanden wird. Und hiervon hat LIVIUS *lib.* XXXIX. c. 14. ein artig Exempel angeführet. Hingegen wird privilegium odioſum ge-

genennet, quo poena extraordinem major, lege definita, infligitur, und von dieſen war in den LL. XII. *Tabularum* dieſe Verordnung: *Privilegia ne irroganto.* Denn daß dieſes nicht von denen privilegiis favorabilibus, ſondern von den odioſis zu verſtehen ſey, ſolches hat gewieſen IACOBVS GOTHOFREDVS *in notis ad Leges XII. Tabularum, Tab VI.* Dahero wird gefragt, ob ſolche privilegia mit Recht können irrogirt werden? Wir antworten darauf mit folgenden Unterſcheid: 1) daß zu Zeiten der freien Republik bei den Römern dergleichen privilegia nicht erlaubet geweſen, wovon die angeführte Stelle aus den LL. XII. *Tabularum* redet. 2) Hat man dieſelben niemals gebraucht, auſſer wenn ein unruhiger Römiſcher Zunftmeiſter dergleichen that, wie wir an *Publio Clodio* ein Exempel haben, welcher *Ciceronem* aus der Stadt trieb, worüber derſelbe *in oratione pro domo ſua cap. 17. & ſeqq.* bittere Klage führet. Es können aber 3) gute Regenten dergleichen privilegium irrogiren, und jemand mit einer auſſerordentlichen Strafe belegen, wenn es nöthig iſt, daß ein Exempel ſtatuiret werde, wenn etwa ein Laſter oder Verbrechen ſehr ſtarck eingeriſſen iſt, als wie in L. 2. D. *de his, qui ſui vel alieni iuris ſunt*, oder ein groſſer Betrug härter ſoll geſtraft werden, wie davon ein Exempel in L. *ult.* D. *ſi quis a par. manum.* Endlich kan 4) keine Unter-Obrigkeit dergleichen privilegia irrogiren, aus der Urſache, weil privilegium eine Conſtitutio principis iſt. Handelt er dagegen, ſo muß er ſich gefallen laſſen, wenn er geſtraft wird. L. 8. §. 2. *Cod. ad* L. *Iuliam de vi publica & privata.* Wir finden dergleichen Exempel an *Galba*, von welchen SVETONIVS *in Galba* c. 9. meldet, daß er als Proconſul dergleichen privilegium irrogirt habe. Die angeführte Stelle lautet alſo: *Et tutorem, quod pupillum, cui ſubſtitutus heres erat, veneno necaſſet cruce affecit: implorantique leges, & civem Romanum ſe teſtificanti, quaſi ſolatii & honore aliquo pœnam levaturus, mutari, multoque præter ceteras altiorem & dealbatam ſtatui crucem iuſſit.* Der Herr THOMASIVS hat *in notis ad Inſtitutiones*, privilegium odioſum gar nicht wollen paſſiren laſſen, da er dafür gehalten, es ſey daſſelbe eine contradictio in adjecto. Allein wenn man ſich nur einen rechten Begriff macht, was privilegium ſey, nemlich priva lex, wie GELLIVS *lib. X. Noct. Attic.* c. 20. ſaget, und dabei erweget, daß CICERO c. l. dasjenige, was *Publius Clodius* ihm gethan, ausdrücklich privilegium nennet; ſo wird gewiß niemand dem Hrn. THOMASIO Beifall geben. Alſo war es eben auch ein privilegium, als David den Mann, welcher ihm Nachricht von Sauls Todte brachte, hinrichten ließ.

§. 62. In dieſem §pho haben wird gezeiget, daß die privilegia entweder auf Perſonen oder Sachen gerichtet werden, und daher entſtehet die andere Eintheilung in privilegia perſonalia & realia. L. 3. §. 1. D. *de Cenſibus.* L. 196. D. *de Reg. iur.* L. 1. §. 43. D. *de aqua quotid.* Privilegia per-

ſonalia gehen nur auf die Perſon, z. E. privilegium fori, und dieſe hören mit der Perſon auf. Dieſe Sache iſt völlig klar, gleichwohl hat HERTIVS eine eigene *diſſertation* geſchrieben, *de tranſitione privilegii perſonalis ad heredes*, worin er Exempel anführet, daß die privilegia perſonalia auch den Erben zu ſtatten kommen. Selbige beſtehen darin: α) wenn der Keiſer einen in Adel-Stand erhebet, ſo gehet derſelbe auch auf die Erben; β) die Frau hat in exigenda dote das ius prælationis, und dieſes kömmt denen Kindern ebenfalls zu ſtatten. γ) Der Mann darf nicht den gantzen dotem herausgeben, gleiches Recht aber haben auch die Kinder. δ) Findet ſich, in L. 5. D. *de pœnis*, ein beſonderer Fall, indem da geſetzet iſt, daß die veterani nicht ſollen torqviret werden, und ſolches ſoll auch den Kindern primi gradus zugeſtanden ſeyn. Allein wir müſſen hier eine Regel feſt ſetzen, nach welcher alles dieſes kan beantwortet werden: toties privilegium perſonale tranſit ad heredes, quoties vel ſummi imperantis voluntas, vel ipſa legis diſpoſitio hoc exigit. Was die privilegia realia anbelanget: ſo gehen dieſelben allerdings mit auf die Erben. Denn da ſie die Sachen ſelbſt betreffen: ſo müſſen ſie auch den Erben zu ſtatten kommen. Z. E. Die Lehens-Sachen haben das privilegium, daß dieſelben nirgend anders, als bei dem Lehns Hofe ſollen erörtert werden. Aber hierbei fragt ſichs: welches privilegium iſt in dubio zu präſumiren? Niemand hat dieſe Frage beſſer beantwortet, als STRYK in der *diſſertation de privilegio titulo oneroſo quæſito.* Er ſagt: wenn ein privilegium titulo oneroſo iſt erhalten worden; ſo iſt die Vermuthung da, daß daſſelbe reale ſey; hingegen iſt ein privilegium gegeben worden, und daſſelbe enthält eine Wohlthat: ſo iſt die Vermuthung, daß daſſelbe nur perſonale ſey.

§. 63. Dasjenige, was bishero von den Privilegiis iſt geſagt worden, giebt uns folgende axiomata an die Hand, welche wohl zu mercken ſind. Das erſte iſt: Privilegia ſolus imperans concedit. Denn da die privilegia Conſtitutiones ſeyn, dieſelben aber von niemand anders, als demjenigen, qui ſummam poteſtatem habet in republica, können gegeben werden, weil dieſelben das Recht Geſätze zu geben haben: ſo kan niemand anders privilegia ertheilen, als ſummus imperans. Aus dieſem erſten axiomate flieſſet das andere, daß kein inferior magiſtratus privilegia ertheilen kan, wovon ſchon (§. 62.) iſt geredet worden. Das dritte axioma iſt: ut imperantis ſit, ſtatuere, quem modum eſſe velit ſui beneficii L. 191. D. *de Reg. Iur.* Dieſes axioma iſt ſehr wohl zu mercken wider diejenigen, welche den *Legem* 3. D. *de Conſtitutionibus principum* mißbrauchen, indem ſie daraus folgern wollen, daß bei den privilegiis interpretatio extenſiva ſtatt finden müſſe, da doch dieſes Geſätz nur davon zu verſtehen iſt, daß ein privile-

vilegium nur also anzunehmen, daß dasselbe eine Wirkung haben möge. In übrigen finden die privilegia nur statt a) ad beneplacitum principis, bis auf Wiederruf. b) Wenn offenbar erhellet, daß das privilegium dem gemeinen Wesens Schaden bringet, oder ein dritter an seinem Recht beeinträchtiget wird: so kan dasselbe nicht statt finden. Eben dieses ist auch c) zu sagen, wenn ein successor singularis in Ertheilung eines solchen privilegii nicht gewilliget hat. Besiehe die *Observationes Halenses* P. III. obs. 25.

§. 64. Die fünfte species iuris scripti sind die Edicta magistratuum, von welchen hier soll gehandelt werden. Es ist hierbei zu mercken, daß die magistratus Romani nicht allein Richter gewesen sind, sondern daß sie auch das Recht gehabt haben, gewisse Edicta zu verfassen, worin sie angezeiget, auf was Art und Weise, und nach welcher Ordnung bei Führung ihres Obrigkeitlichen Amts in den streitigen Sachen, die zu ihren Gerichts-Zwang gehöreten, sie das Recht sprechen wolten. Dergleichen Edicta pflegten die Prætores, wenn sie ihr Amt antraten, anzuschlagen. Diese Prætores brauchten dazu allerhand prætexte. Denn weil sie das Recht directe nicht ändern konten, so thaten sie solches indirecte. Denn sie hatten mit einem klugen Volck zu thun, von welchen *Martialis* sagt: daß man kein Kind betrügen könte, weil sie Nasen wie die Nasen-Hörner hätten. Die erste List war, daß sie neue Wörter erfanden. In LL. XII. TABB. war versehen, daß die emancipati nicht erben solten: aber da kam der Prætor und sagte: dabo bonorum possessionem: welches mir eben so vorkommt, als wenn princeps einen Fast und Bet-Tag ausschreiben, und absonderlich das Semmel-Essen verbieten wolte. Ein Becker nimmt Semmel-Teig und bäcket Stritzel, worüber man ihn ertappet, und zur Strafe ziehen will. Er entschuldiget auf das beste, daß er keine Semmel gebacken hätte, und ob man ihm gleich vorstellet, daß es von einerlei Teig gebacken wäre: so bleibet er doch dabei, daß solches keine Semmel, sondern Stritzel gewesen. Dieses kömmt eben so heraus, wie des Prætoris seine bonorum possessio. Die andere List, welche die Prætores gebrauchten, die Gesätze zu ändern, waren die Exceptiones, wodurch sie die leges eludirten, z. E. *Titius* war mir hundert Thaler schuldig, und ich hatte ihm in Scherz gesagt, daß ich ihm solche schencken würde. Wenn ich nun kam, und wolte mein Geld haben: so opponirte er mir exceptionem pacti, daß ich also nichts fordern konte. Da nun denen Prætoribus erlaubet war, exceptiones zu geben, so kamen öfters inquissimæ exceptiones zum Vorschein, dergleichen die exceptio lenocinii ist bei VALERIO MAXIMO *lib. VII. cap.* 7. ex. 7. Die dritte List, deren sich die Prætores bedienet, waren die restitutiones in integrum: denn wenn ein negotium stricti iuris nicht recht eingegangen war, so war es invalidum: also kein

lein da kam der Prætor und ſagte, dabo reſtitutionem in integrum, wie wir ein Exempel haben bei CICERONE *in Verr. I. c.* 16. Die vierte Liſt waren die fictiones, wodurch den Rechten öfters eine gantz andere Geſtalt gegeben ward. Es hat dieſes DIO CASSIVS *in Hiſt. lib.* XXXVI. p. 21. wohl angemercket, allwo er ſchreibet: *Neque enim Prætores ad ius, quod ad contractus dirigendos poſitum erat, obſervabant: neque ſcripto iuri ſteterant: ſed ſæpenumero ea variaverant, crebroque per gratiam et odium certorum hominum, veluti fieri adſolet, multa gerebantur.* Es hat zwar der Herr KORTTE die diſſertation, *Vindiciæ Prætoris Romani ac iuris honorarii*, herausgegeben, welche er vornemlich gegen uns gerichtet hat, und dasjenige, was wir von den Künſten der Römiſchen Prætorum ehemals geſchrieben, zu widerlegen geſucht. Sed vir ille doctus, effuſa omni bile, magno conatu maximas egit nugas. Wir haben ſeine Gründe in *Hiſtoria lib. I. cap.* 3. §. 65. erörtert, und hinlänglich widerleget. Vornemlich aber haben wir gezeiget, daß die Prætores neue Edicta verfertiget haben. Das ſagt DIO CASSIVS *c. l.* und ASCONIVS PÆDIANVS *in Argum. Orat. pro C. Cornelio maieſtatis reo* p. 629. Weil nun dieſe Sache dem gemeinen Weſen ſehr beſchwerlich fiel, ſo ward A. V. C. 585. von den Burgemeiſtern L. *Æmilio Paullo* und C. *Licinio Craſſo* ein SCtum gemacht, wodurch geſetzt ward: *uti Prætores ex ſuis perpetuis edictis ius dicerent.* LIVIVS *lib. LIII. cap.* 11. DODWELLVS *in adpend Prælect. Cambden.* p. 665. ſeqq. Wie aber auch dieſes nichts helffen wolte, weil das SCtum ſeine Wirckung nicht erreichte: ſo ward hundert Jahr hernach A. V. C. 686. von *C. Cornelio Sulla*, welcher damals Tribunus Plebis war, der Lex Cornelia gegeben, ut Prætores ex edictis ſuis perpetuis ius dicerent, wovon ASCONIVS PÆDIANVS *l. c.* ſaget: *quæ lex Cornelia tum gratiam ambitioſis Pratoribus, qui varie ius dicere adſueverant, ſuſtulit.* Und DIO CASSIVS *c. l.* ſchreibet davon, daß dieſes Geſätz geboten: *ut et ſtatim a principio Prætores prædicerent, quo iure eſſent uſuri, et deinde nequaquam ab eo deflecterent.* Dadurch aber iſt nun das ius Prætorium oder honorarium entſtanden. Die edicta, welche die Prætores machten, waren vel repentina, vel perpetua. Repentina waren, quæ prout res inciderent, proponebantur: Perpetua aber, nach welchen ſie beſtändig ſprechen wolten. Die Sache kan durch einige Exempel erläutert werden. *Titius* war ſchuldig, und man konte ihn nicht antreffen; ſo wurde er edictaliter citiret: und dieſes war edictum repentinum. Edicta perpetua waren eigentlich die Proceß-Ordnungen. Z. E. In L. 7. D. *de Iurisdictione*, wird de albo corrupto gehandelt, daß wenn einer das edictum Prætoris corrumpirte, er 500. ſolidos geben ſolte. CVIACIVS *lib. I. Obſervat. cap.* 24. und IANVS A COSTA *ad Tit. Inſt. de Actionibus* §. 12. Von den Edictis perpetuis waren einige tralatitia, welche die Prætores ex prædeceſſorum edictis in die ihri-

ihrigen zogen: andere nova, wenn ſie zu den alten neue hinzuſetzten, wie an dem Edicto, quod metus cauſſa geſtum eſt, ratum non habebo, zu erſehen iſt. So haben auch 2) die Ædiles von den Sachen, die zu ihren Gerichts-Zwang gehöreten, edicta gegeben. Z. E. de rebus venalibus, de viis publicis &c. Die Ædiles curules waren in Rom über die Polizei geſetzt, und deswegen hatten ſie auch das Recht edicta zu proponiren, welche eine ſpecies iuris honorarii waren. §. 7. *Inſt. h. t.* Da hat nun CVIACIVS *lib.* XXIV. *Obſervat.* c. 16. wohl angemercket, daß weil in unſern Digeſtis niemals ſtünde: Ait Ædilis, ſondern allezeit ajunt, præcipiunt, volunt Ædiles, nicht einer von denſelben allein habe edicta verfertigen können, ſondern daß ihnen dieſes insgeſamt zugeſtanden. Dergleichen edicta ædilitia ſind nun ſehr viele vorhanden geweſen, wie der gelehrte Herr EVERARDVS OTTO *de Tutela viarum publicarum* p. 428. ſeqq. gewieſen hat: wir haben aber heut zu Tage nicht mehr als drei derſelben übrig, welche *Iulianus* dem Edicto perpetuo einverleibet hat. Herr HVBER hat *in Prælect. ad Inſtitut.* deren nur zwei zehlen können: allein der Herr THOMASIVS *in Addit. ad Huberum* weiſet, daß es drei ſeyn, als de mancipiis L. 1. §. 2. D. *de Edicto Ædilitio*, de iumentorum venditionibus L. 38. §. 1. 2. D. *eod.* und de eane, verre, ſimilibusque beſtiis, ubi vulgo iter fit, non habendis, L. 40. *ſeqq.* D. *eod.* Auſſer dieſen Edictis Ædilium hat man noch andere, deren unterſchiedene alte Schriftſteller Meldung thun. Alſo war ein edictum de ſumptibus funerum, ritibus funebribus, & monimentorum ſtructura, von welchen OVIDIVS *lib. VI. Faſtorum*, v. 663. ſchreibet:

Adde, quod Ædilis, pompam qui funeris irent,
Artifices ſolos iuſſerat eſſe decem.

Wie denn auch dieſes durch eine Inſcription bei REINESIO *Claſſ. II. inſcript.* 73. p. 291. gar ſchön erläutert wird. Eines andern edicti, ſo die Ædiles gegeben, de caſtratoribus puerorum puniendis, geſchiehet Meldung in L. 28. §. 6. D. *ad L. Aquilliam*, welches der gelehrte Herr OTTO mit einem ſchönen Commentario erläutert hat. Dahin gehöret auch ein ander edictum bei MACROBIO *lib. II. Saturnalium cap. 6. Nequis aliquid in ſcenam, præter pomum iacere vellet.* Es ſind auch noch zwei interdicta vorhanden, welche von den Ædilibus herkommen, und die wir noch gantz antreffen in L. un. D. *de via publica, et ſi quid in ea factum eſſe dicatur.* Das eine iſt prohibitorium, das andere reſtitutorium: utrumque vero eo pertinet, quo quis ſtercoraria ſimiliaque in publica proiicere vellet. So konten auch 3) die Proconſules und Prætores edicta in den Provinzen geben, weil ſie allda eben die Gewalt, wie andere magiſtratus in Rom hatten. Wir haben hier etwas von dem Gouvernement in den Römiſchen Provinzen zum voraus zu ſetzen, wenn

wir dieſes verſtehen wollen? Zu Zeiten der freien Republik waren die erſten Provinzen Sicilien und Sardinien, welche der Rath durch zwei Prætores regieren ließ. Weil aber die Römer in den folgenden Zeiten glücklich waren, und noch mehrere Länder eroberten, ſo muſten ſie auch mehr Prætores in dieſelben abſchicken. Da ſie nun ſo viele Provinzen hatten, in welchen öfters Kriege zu führen waren, ſo wurden Pro-Conſules dahin geſchicket. Nachgehends bekamen ſie die Provinzen im Orient, und da ward ausgemacht, daß die magiſtratus ein Jahr warten ſolten, ehe ſie dahin geſchickt wurden. Unter den Keiſern wurde hierin eine Aenderung getroffen, und *Auguſtus* theilte die Provinzen dergeſtalt, daß er die ſchlechteſten nahm, den Rath aber die beſten überlieſſe. Dieſes war von *Auguſto* mit vieler Liſtigkeit ſo angeſtellet worden, weil in den Provintzen, die er ſich vorbehalten hatte, faſt beſtändig Krieg geführet ward, wobei *Auguſtus* die Legiones beſtändig an der Hand behalten konte. Nun fragt ſichs? was waren vor leges in dieſen Provinzen? Wir antworten dreierlei: *a*) Leges, quæ præſcriptæ erant victis a victore, welche manchmal duriores, manchmal mitiores waren, nachdem ſie ſich wohl aufgeführet hatten. LIVIVS *lib. XXXIII. cap.* 31. & 32. *lib. XLV. cap.* 25. So hatten auch *β*) einige Provinzen ihre eigenen Rechte und Geſätze, welche man ihnen ob bene merita gelaſſen hatte, von welchen SPANHEMIVS *in Orbe Romano, Exerc. 2. cap.* 9. handelt. Wir haben an den Jüden ein ſolches Exempel, wie dieſes ausführlich IOSEPHVS *in Antiquitat. Iudaicis lib. XIX. cap.* 4. zeiget. Und daher kan man verſtehen, warum *Pilatus* zu den Jüden geſprochen: ſo nehmet ihr ihn hin, und richtet ihn nach eurem Geſatz. Denn obgleich die Juden antworteten: Wir dürffen niemand tödten; ſo läſt ſich doch dieſes cum autonomia iudæorum gar wohl reimen, weil die magiſtratus municipales niemals das merum imperium gehabt haben, wie dieſes der Herr ZACHARIAS HVBER in *Diſſertationibus Philologico-Iuridicis lib. I. diſſ. I.* umſtändlich gezeiget hat. Endlich *γ*) hatte man auch die Römiſchen Geſätze in den Provinzen, welche entweder überhaupt das gantze Römiſche Reich angiengen, oder durch eine beſondere Verordnung auf die Provinzen gezogen waren, *princ. Inſt. de Autil. iur.* L. I. *pr.* D. *De Mammiſſionibus.* Oefters nahm auch eine ſolche Provinz die Römiſchen Rechte freiwillig an, wovon man hernach ſagte, populus fundus factus eſt. AVLVS GELLIVS *lib. XVI. Noct. Attic. cap.* 13. Siehe die beſondern diſſertationes, welche die gelehrten Männer NICOLAVS RIGALTIVS, ISMAEL BVLLIALDVS und HENRICVS VALESIVS *de populis ſimilis* geſchrieben haben, welche in GRÆVII *Theſauro Antiquitatum Romanarum Tom. II.* zu finden. Letztens vermehrete man dieſe Provincial-Rechte mit den edictis provincialibus. Alle Proconſules, welche in die Provinzen geſchickt wurden, wor-

worunter auch die Præsides, Prætores, Legati und Præfecti Augustales gehöreten, schlugen edicta an, wie aus den L. 1. D. *si quis cautionibus non obtemp.* PLINIO *lib. X. cap.* 100. VALERIO MAXIMO *lib. VI. c.* 3. & 6. erhellet. Obgleich GVIDO PANCIROLLVS in *Variis Lectionibus lib. I. c.* 34. und *lib. III. c.* 17. solches den præsidibus in Zweifel ziehet, weil sie kein ius prætorium gehabt, noch de causis status cognoscieren können, nach den L. 32. §. 7. D. *de recept. arbitr.* und L. 1. *Cod. de ord. iudic.* so erhellet doch das Gegentheil klar aus TACITI *Annal. lib.* II. c. 7. und L. 1. D. *de Officio Præsidis.* Daher hatte man so viele edicta provincialia, als Provinzen waren, als Siciliense, Cilicium, Syriacum und Asiaticum. Diese Edicta waren zweierlei, tralatitia und nova, wie bei denen edictis Prætorum. Viele Præsides, wenn sie vorsichtig handeln wolten, sahen darauf, was den Provinzen zuträglich war, und pflegten zuweilen ex edicto urbano, manchmal auch aus andern edictis provincialibus etwas in das ihrige zu setzen. CICERO *Epist. ad Attic. lib.* VI. *epist.* 1. Und daher wurde das Gedächtniß Q. *Mucii Scævolæ* mit Festen gefeiert, weil er als Proconsul in Asien solche fürtrefliche edicta gemacht hatte, wie bei HIGINO GROTO in VALESII *Excerptis Peirescianis* p. 393. zu lesen. Es brauchten aber die Præsides provinciæ vornemlich drei Cautelen, welche SIGONIVS *de iure provinciali lib. II. cap.* 5. darin setzet: a) daß sie kein Edikt contra legem vel formulam provinciæ gaben. Darin hatte es *C. Verres* versehen, daß er etwas wider den Legem Rupiliam disponiret hatte. CICERO *in Verr.* II. *cap.* 13. b) Was sie in der Stadt gehabt hatten, hoben sie nicht auf, wenn sie in die Provinz giengen. Es muste aber dieses auch ein solches Edictum urbanum seyn, welches sowohl in der Provinz, als in Rom, statt finden konte. Denn es waren einige Rechte in Rom angenommen, welche sich nicht auf die Provintzen schickten, wovon uns unsere Institutiones etliche Exempel an die Hand geben. Also konte ein prædium urbanum und Italicum usucapirt werden, aber bei einem prædio provinciali gieng es nicht an, *pr. Inst. de usucap.* & ibi THEOPHILI *Paraphrasis.* Ein Ehemann konte den fundum dotalem Italicum nicht veräussern: aber ein provincialis konte veräussert werden. *pr. Inst. quib. alien. lic. vel non.* Wer des privilegii immunitatis sich erfreuen wolte, muste in Rom drei, in Italien viere, in der Provinz fünf Kinder haben. *pr. Inst. de excus. tut.* Weil aber die Statthalter in den Provinzen sich eben die Freiheit heraus nahmen, ihre Edicta zu ändern: so scheinet es, daß der oben angeführte Lex Cornelia auch auf dieselben gegangen sey. Denn da die Statthalter das ius prætorium hatten: so ist auch zu vermuthen, daß dasjenige, was das Gesätz den prætoribus aufgeleget, auch von den Statthaltern in den Provintzen müssen beobachtet werden. Es giebt solches auch CICERO *ad Attic. lib.* VI. *ep.* 1. nicht undeutlich

zu verſtehen, da er, als man ihn erſuchte, etwas zu ändern, antwortete: *Poſſumne ego contra edictum meum?* Dieſe Edicta, von welchen wir bishero ausführlich geredet haben, haben nach und nach in foro eine Gültigkeit und Verbindung erhalten, wohin die Stelle bei CICERONE *lib. II. de invent.* c. 22. gehöret. Daher iſt es auch gekommen, daß man dieſe Edicta ius honorarium genennet hat: denn bei den Römern waren alle magiſtratus honorati, wie LIVIVS *lib.* XXV. *c.* 5. bezeuget. Denn obgleich CVIACIVS *in not. prior. ad* §. 7. *Inſt. h. t.* einen Unterſchied macht inter ius prætorium & honorarium, und meinet, daß das ius Ædilitium nur ein ius honorarium ſey, nicht aber das prætorium: ſo hat doch RVPERTVS *ad Enchiridion Pomponii* das Gegentheil ſtattlich gezeiget, daß niemand CVIACIO beifallen wird. Dieſe Edicta hat der Keiſer *Hadrianus* nach *Euſebii* Rechnung A. V. C. 884. nach Dionyſiſcher Rechnung A. 130. zuſammentragen laſſen und publiciret. Denn obgleich RENATVS BOTTEREAV *in Hadriano Legislatore* p. 189. das Jahr 132. und BARONIVS *in Annal. Eccleſ.* das Jahr 134. angeben: ſo trauen wir doch *Euſebio* mehr, der das ſeine aus *Iulio Africano* genommen, und von *Hadriani* Zeiten kaum hundert Jahr entfernt geweſen. Sodann hat auch PAGIVS *in diſſ. Hypat.* P. II. c. 4. §. 3. p. 123. gar ſchön gewieſen, daß *Hadrianus* im Jahr 131. die ſogenannten *Quidecennalia* gefeiert haben, bei welchen Feſten die Keiſer die wichtigſten Sachen gethan, z. E. das Burgemeiſter-Amt angenommen, neue Tempel geweihet, Colonien ausgeſchickt, Verfolgungen gegen die Chriſten angefangen, u. d. m. Sie pflegten auch anſehnliche und groſſe Sachen auf die Feſte, die man quinquennalia, decennalia, quidecennalia und vicennalia nennete, auszuſetzen: und dahero werden wir nicht irren, wenn wir ſagen, daß das Edictum perpetuum in das Jahr 131. falle. PAGIVS *in Crit. Anti-Baron.* T. I. p. 127. Dieſes Edictum perpetuum hat *Hadrianus* durch den berühmten Juriſten, *Salvium Iulianum*, deſſen Leben wir in einem beſondern Programmate *de Salvio Iuliano* beſchrieben haben, ſammlen laſſen, welches ſowohl EVSEBIVS und EVTROPIVS, als auch IVSTINIANVS in L. 2. §. 18. *Cod. de vet. iur. enucl.* L. 10. *Cod. de condict. indeb.* bezeugen. Die Urſache, warum *Juſtinianus* eben dieſen Rechtsgelehrten, und keinen andern die Sammlung aufgetragen, mag dieſe ſeyn, weil derſelbe eben damals prætor geweſen. Denn daß *Iulianus* damals das Obrigkeitliche Amt verwaltet, kan man aus den L. 3. D. *de coniungend. cum emancip. liber.* und L. 2. *Cod. eod.* erſehen. Denn in dem erſten ſtehet, daß *Iulianus* denen edictis tralatitiis ein neues, *de coniungendis cum emancipato liberis eius* beigefüget: in dem andern Text aber wird der Urheber dieſes Edikts prætor genennet. Er muß auch dieſes nothwendig geweſen ſeyn, weil ſonſt niemand als die magiſtratus edicta machen konten. Dieſer Juriſt trug nicht

allein

allein die alten edicta prætorum zusammen, und brachte dieselben in eine Ordnung, sondern er setzte auch eines und das andere dazu, L. 3. D. h. t. ließ etwas weg, AVLVS GELLIVS *lib.* XI. *Noct. Attic.* c. 17. und verändert etwas L. 1. §. 1. D. *Commod.* L. 1. D. *quod. met. cauſſ.* Hierauf trug der Keiser *Hadrianus* dasselbe dem Rath vor, *Conſtit. Græc. de confirm. Digeſt.* §. 18. welcher solches durch ein senatusconsultum adprobirte, welches demselben als eine Vorrede vorgesetzet ward, L. 102. *pr.* D. *de regul. iur.* Dieses Edictum perpetuum erhielt ein grosses Ansehen, und es verband alle Richter, sich darnach zu achten; wie denn auch von dieser Zeit an den prætoribus nicht mehr erlaubet war, neue Edicta zu machen: sondern dieses ward nur den præfectis prætorio & urbi, wie auch einigen præsidibus provinciæ zugelassen, wie solches aus den vier letzten Novellen, und aus dem L. 11. *Cod. Vti poſſidetis*, kan erwiesen werden. Es war aber das Ansehen dieses Edicti perpetui so groß, daß auch die Keiser dasselbe nicht einmal ändern konten, wie dieses aus den Bekänntnissen der Keiser selbst in L. 13. *Cod. de teſtam.* L. 2. *Cod. de in iur voc.* L. 2. *Cod. de condit. infert.* und L. 2. *Cod. de ſucceſſ. edict.* zu ersehen ist. Ja man lernet aus dem L. 1. D. *de adpell. recip. vel non.* daß, wenn eine Sache in diesem Edicto ausgemacht war, nicht einmal durfte adpellirt werden. Aber, möchte man fragen, warum konten denn die Keiser nicht dispensiren, ein ieder imperans hat ja die Freiheit dieses zu thun? Da muß man nun wohl mercken, daß die Keiser wohl von ihren Gesätzen Dispensation ertheilen konten, aber bei dem Edicto perpetuo gieng es deswegen nicht an, weil es durch ein Senatusconsultum bestättiget worden. Alsdenn gehöret die Dispensation zu den negotiis unilateralibus, und es konte einem andern sein Recht nicht genommen werden; nun aber handelte das edictum perpetuum fast von lauter negotiis bilateralibus, v. g. de iudiciis, contractibus &c. daher gegen das Edictum perpetuum keine Dispensation statt finden konte. Und aus dieser Ursache ersiehet man auch, warum die Adpellationes nicht durften wider das Edictum zugelassen werden, welches doch der grosse Rechtsgelehrte IACOBVS CVIACIVS *in Paratitlis tit. de Adpellationibus* nicht hat begreiffen können: dagegen DONELLVS *lib.* XXVIII. p. 437. solches besser eingesehen. Da aber auch des Edicti provincialis Erwehnung gethan wird, so hat dieses einigen Gelehrten Anlaß gegeben zu fragen: ob das Edictum provinciale von dem urbano unterschieden, oder nur eins gewesen? Der berühmte DODWELL in *Prælectionibus Cambdenianis* c. VIII. §. 10. p. 335. meinet, daß dasselbe unter *Hadriano* verfasset worden; dagegen der Baron von SPANHEIM *in Orbe Romano, Exerc.* II. §. 12. p. 97. glaubet, daß es unter *Marco* zu stande gekommen sey. Allein wir haben viele Ursachen, warum wir diesen sonst fürtreflichen Männern keinen Beifall geben können. Denn

ob man gleich vorgiebt, es habe ja 1) *Caius* Commentarios ſowohl über das edictum urbanum, als auch provinciale geſchrieben, daher zu vermuthen, daß es zwei unterſchiedene Edikte geweſen, und 2) daß auch die Rechte in der Stadt Rom und Provinzen nicht einerlei geweſen wären, weil ja nach dem L. 17. D. *de ſtatu hominum*, der Keiſer *Antoninus Caracalla*, erſt allen in der Römiſchen Welt das Bürger-Recht gegeben hätte: ſo dienet doch zur Antwort ad 1) daß *Caius* nicht über das gantze Edictum perpetuum, ſondern nur über einige beſondere Titel geſchrieben habe, und er ſagt auch immer abwechſelnd: ait prætor, und ait proconſul. L. 4. D. *quod quiſq. iur.* L. 1. §. 2. D. *quod cuius univerſ. nom.* Ad 2) daß ja in den Provinzen auch viele Römiſche Bürger geweſen, deren Sachen nothwendig nach dem edicto urbano müſſen entſchieden werden. Dazu kömmt noch dieſes. Die Præſides folgeten mehrentheils dem edicto urbano, wie wir oben gezeiget haben, was wäre alſo ein beſonder Edikt unter den Keiſern nöthig geweſen. Endlich ſagt auch ARISTIDES *Orat. in Romam.* p. 395. daß durch das edictum perpetuum die Geſätze und deren Ordnung allen vorgeſchrieben wären, und daß man dadurch νόμους κοινούς, bekommen hätte: daher muß das edictum provinciale von dem urbano wohl nicht unterſchieden geweſen ſeyn. Wir haben davon ausführlich gehandelt in der Vorrede, welche wir RANCHINII *orbe Romano* bei der neuen Auflage vorgeſetzet haben. Es iſt aber mit Schade, daß dieſes Edictum perpetuum heut zu Tage nicht mehr vorhanden iſt, weil daſſelbe, wenn es noch da wäre, bei Auslegung der Rechte einen herrlichen Nutzen haben würde. Weil viele gelehrte Juriſten davon überzeuget geweſen: ſo haben ſie ſich auch bemühet, ſelbiges wieder herzuſtellen. Solches hat gethan EVGINARIVS BARO *in Manuali iuris*: er hat aber nicht die geringſte Ordnung beobachtet, und die Sachen nicht in ihre rechte Fächer geſetzet. Ja IACOBVS GOTHOFREDVS *in Manuali iuris* p. 47. giebt ihm ſchuld: *ſciens ſæpe ea edicta confuxit, quæ nunquam fuerunt, ſed quæ ſunt ex ICtorum placitis, moribus Romanorum, antiquis legibus, vel etiam novis principum conſtitutionibus.* Beſſer hat es WILHELM RANCHINVS gemacht, welcher die einzeln Stücken dieſes Edicti perpetui zuſammen getragen, aber nicht nach der rechten, ſondern nach des Keiſers *Iuſtiniani* Ordnung, die in den Digeſtis beobachtet worden, geſetzt hat. Dieſer Mann hat viele Bücher geſchrieben, welche nebſt den angeführten von *Schminck* zu Marpurg 1717. 4to. herausgegeben worden. Es iſt uns noch ietzo ſehr viel daran gelegen, daß wir die Ordnung des Edicti perpetui wiſſen. Daher hat ehemals HVBERTVS GIPHANIVS *in Oeconomia iuris* geweſen, wie dieſe Ordnung beſchaffen geweſen. Hernach ſoll ein Rechtsgelehrter zu Florenz, PETRVS PITENIVS, ein Buch *de œconomia iuris edicti perpetui* geſchrieben haben, wie der Herr FABRICIVS *in*

Bibli-

Bibliothec. Latin. Vol. III. p. 788. meldet. Da habe ich mir nun viele Mühe gegeben, dieses Buch zu erlangen, und ich habe sowol in Teutschland als auch in den Niederlanden mich starck darnach erkundiget: bin aber nicht so glücklich gewesen, daß ich dasselbe hätte erhalten können. Da es nun der Herr FABRICIVS allein anführet, dasselbe aber in den Bibliotheken, von welchen die Verzeichnisse gedruckt seyn, nicht gefunden wird: so bin ich auf die Gedancken gerathen, daß dasselbe wohl noch nicht zum Vorschein gekommen seyn müsse. Letzlich hat IACOBVS GOTHOFREDVS eine herrliche Arbeit gethan, da derselbe *in quatuor fontibus iuris civilis* eine Tabelle unter den Titel: series edicti perpetui, verfertiget hat, worin die Ordnung des Edicti perpetui sehr schön gezeiget worden. Dergleichen Unternehmen ist eine sehr mühsame, aber auch höchst nützliche Arbeit: und ich bin seit vielen Jahren beflissen gewesen, das Edictum perpetuum wieder herzustellen, wodurch ich dem Römischen Rechten ein grosses Licht aufzustecken gedencke.

§. 65. und 66. Hier kommen wir auf die letzte speciem iuris scripti, nemlich die Responsa prudentum. Wir haben dieselben beschrieben, daß sie seyn sententiæ eorum, quibus permissum erat de iure respondere, und so werden sie definirt in §. 8. *Inst. h. t.* Die alten Juristen hatten die Freiheit, daß sie zu Zeiten der freien Republik ungehindert de iure respondiren konten. Denn die Römer sagten, wenn einer die Rechte verstünde, so wäre es unrecht, daß man ihm de iure zu respondiren verwehren wolte: hätte er aber die Rechte nicht inne, so würde niemand groß zu ihm kommen. Die sich nun dieser Lebens Art gewidmet hatten, die gingen auf dem Marckt auf und nieder, damit sie bei der Hand waren, wenn ihre Clienten kamen. Sie thaten aber dieses auch zu Hause, alwo sich am frühen Morgen eine grosse Menge Clienten einzufinden pflegte. CICERO *de Legibus lib. I. cap. 3.* HORATIVS schreibt *Sermon. lib. I. Sat. I. v. 9. seqq.*

Agricolam laudat iuris legumque peritus
Sub galli cantum consultor ubi ostia pulsat.

und *lib. II. Epist. I. vers. 103.*

Romæ dulce fuit, diu & solemne, reclusa
Mane domo vigilare, clienti promere iura.

Wenn die ICti in foro ihre Verrichtungen hatten, tunc dicebantur advocari, zu Hause consuli, und wenn sie mit andern ICtis zusammen kamen tractare, d. i. disputare, BRISSONIVS *de Verborum significatione*, voce: *Tractare*. Doch hatten ihre responsa tempore liberæ reipublicæ kein solches Ansehen, daß es die Richter bei denselben hätten schlechterdings müssen bewenden lassen, und wir haben Exempel, daß die Redner ihre Responsa öfters über den Hauffen geworffen. CICERO *pro A. Cæcin. cap. 24. pro Muræn. cap. 13.* Aber gantz anders

ders wurde es zu den Zeiten des Keisers *Augusti*. Dieser Herr war den Rechtsgelehrten sehr gewogen, und flattirte sie auf alle Art und Weise. Die Ursache dazu war, weil die Gesätze theils muſten geändert, theils abgeschafft werden, wobei man solche Mittel gebrauchen muſte, daß das Volck nichts merken konte. Dazu brauchte nun *Augustus* die Rechtsgelehrten, welchen er die gröſten Ehrenstellen und fürtrefliche Freiheiten gab, darunter die vornehmste diese war, daß er fest setzte: es solten gewisse Juristen de iure respondiren können, an deren Rechtssprüche die Richter gebunden seyn solten. § 8. *Inst. h. t.* L. 2. §. 47. D. *de Orig. iur.* Es meinet zwar POMPONIVS L. c. daß solches *Augustus* deswegen gethan, ut maior esset iuris auctoritas: allein dieses ist nur ein Vorwand, und die wahre Ursache war, daß nur seine Creaturen de iure respondiren solten, wie wir dieses in *Antiquit. Rom. lib. I. Tit. II.* §. 39. p. 67. umständlich gezeiget haben. Dahero betrüget sich IAC. GOTHOFREDVS *in Comment. ad Cod. Theodos.* T. I. p. 32. wenn er glaubt, daß diese Verordnung nicht von *Augusto*, sondern von *Valentiniano* herkomme. Es mag ihm auch nicht helffen, daß er zu Behauptung seiner Meinung sich auf den L. *un. Cod. Theodos. de responsis prudentum* beziehet. Denn wie hätte *Sextus Pomponius*, welcher im zweiten Jahrhundert nach Christi Geburt gelebet, dieser Sache gedencken können, wenn dieselbe erst in dem vierten Jahrhundert von *Valentiniano* eingeführet worden. Es hat aber auch der Herr THOMASIVS diesen Einwurf des gelehrten GOTHOFREDI, *in Nævis iurisprudentiæ Antejustinianeæ*, p. 67. gründlich beantwortet. Die folgenden Keiser haben sich diese Weise gefallen lassen, und solches bezeuget POMPONIVS L. 2. §. 47. D. *de origine iuris*. Nur von dem närrischen *Calligula* lesen wir bey SVETONIO *in Caligula* c. 34. daß er gedrohet, den gantzen Orden der Rechtsgelehrten auszurotten. Vornemlich aber hat *Hadrianus*, als er von einigen ersucht worden, daß er ihnen erlauben möchte, de iure zu respondiren, solches gar gern zugestanden, wovon POMPONIVS L. 2. §. *ult.* D. *de Orig. iuris* schreibet: *Optimus princeps, Hadrianus, quum ab eo viri prætorii peterent, ut sibi liceret respondere, rescripsit iis, hoc non peti, sed præstari solere, & ideo, si quis fiduciam sui haberet, delectari se populo ad respondendum se præpararet.* Es muß aber diese Freiheit, welche die Juristen gehabt, nachgehends wieder seyn restringiret worden, weil man bei EVNAPIO *in vita Chrysanth.* p. 286. liesет, daß ein gewisser Jurist, Namens Innocentius, die Erlaubnis von den Keisern erhalten, de iure zu respondiren. Daher scheinet die Muthmassung des gelehrten DODWELLI *in Prælect. Cambden. cap. IX.* §. 11. p. 355. nicht ungegründet zu seyn, daß der Keiser *Severus* diese Freiheit nach *Hadriano* restringiret habe. Und es scheinet, daß die Ursache gewesen, weil von dieser Zeit an ein grosser Schwarm von Juristen zum Vorschein gekommen, welche mehr dem Namen, als der

That

That nach, Rechtsgelehrte geweſen. Denn gegen das dritte und vierte Jahrhundert wurde es mit den Juriſten von Tage zu Tage ſchlechter, welches man aus einer Stelle des AMMIANI MARCELLINI ſehen kan. Dieſe Juriſten pflegten die Rechte auszulegen, und aus denſelben beſondere Schlüſſe zu ziehen, welche in den Geſätzen nicht ausgedrücket ſtunden, wovon wir in §. *un. Inſt. de legitima patronorum tutela* ein Exempel haben, dahin auch die Querela inofficioſi teſtamenti und die actiones utiles können gerechnet werden. Dieſe Juriſten pflegten auch öfters in zweifelhaften Fällen, entweder in foro oder in templo Apollinis, miteinander zu diſputiren, wie der SCHOLIASTES *ad* IVVENALEM *Satyr.* I. *verſ.* 128. p. 26. meldet, welches man diſputationem fori nennete, deren POMPONIVS in L. 2. §. 5. D. *de orig. iuris* gedencket. Es hat zwar GEORGIVS SCHVBARTVS *de fatis iurisprud. Romanæ* p. 290. dieſes in Zweifel ziehen wollen, allein ſeine Meinung kan leichtlich aus den §. 1. *Inſt. de Codicillis*, L. 19. D. *de liberis & poſtumis*, L. 17. D. *de iure patronatus* widerleget werden. S. IACOBVM RÆVARDVM *de auctoritate prudentum* p. 1031. Dieſe Diſputationes hatten zwar keine geſätzmäßige Verbindlichkeit, doch bekamen dieſelben ein groſſes Anſehen, wenn der uſus fori dazu kam, da dieſelben öfters auf andere Fälle gezogen wurden, und da nennete man dieſelben receptas ſententias, receptum morem, receptum ius, auch regulas iuris. BRISSONIVS *de Verbor. Signif.* voce *Receptum*. RÆVARDVS *in Commentario ad L 1. D. de Orig. iuris.* Zuweilen wurden auch die Juriſten von den Richtern erſuchet, ihre Meinung von dieſen oder jenen Fall zu eröfnen, welches ſie denn auch thaten, ohne dabei die Urſache anzuführen, warum ſie ſo und nicht anders geurtheilet. Dieſes können wir aus SENECÆ *Epiſt.* 94. erſehen, welcher ſagt, *quid? quod etiam ſine probationibus monentis auctoritas prodeſt, ſic quomodo Iureconſultorum valent reſponſa, etiam ſi ratio non redditur:* wiewohl ſie auch bisweilen davon abzugehen pflegten. Eben dieſe Rechtsgelehrte ſchreiben die formulas actionum den Klagenden vor, worüber CICERO *in Orat. pro Mærena cap.* 12. folgende bittere Klage führet: *Quum permulta præclare legibus eſſent conſtituta, ea Iureconſultorum ingeniis pleraque corrupta ac deprauata ſunt. Mulieres omnes propter infirmitatem conſilii maiores in tutorum poteſtate eſſe voluerunt: hi invenerunt genera tutorum, quæ poteſtate mulierum continerentur. Sacra interire illi nolucrunt: horum ingenio ſenes ad coemtiones faciendas interimendorum ſacrorum cauſſa reperti ſunt. In omni denique iure civili æquitatem relinquerunt, verba ipſa tenuerunt.* Und daher ſind die actiones legis und actus legitimi entſtanden, von welchen wir bei dem §. 69. ſeq. mit mehrern reden wollen. Alle dieſe interpretamenta ICtorum ſind allmälig per uſum fori angenommen worden, und haben vim iuris erhalten: wie man denn dieſelben

zum iure ſcripto gerechnet hat, ſeit dem der Kayſer *Juſtinianus* dieſelben in den Pandekten promulgiret hat.

§. 69. Wir haben kurtz vorhero geſagt, daß die alten Juriſten viele Dinge erfunden haben, die man hernach unter den Namen iuris civilis mit begriffen. l. 2. §. 6. D. *de orig. iuris.* Darunter werden nun vornemlich gerechnet die legis actiones und actus legitimi. Es ſagt zwar *Pomponius* im angeführten lege, daß die leges actiones penes pontificum collegium geweſen; allein es iſt dieſes nicht von allen zu verſtehen, wie man aus folgender Stelle CICERONIS *de legibus lib. II cap. 19.* erſehen kan: *Sæpe ex patre audivi, Pontificem neminem bonum eſſe, niſi qui ius civile cogneſſet. Totumne? quid ita? quid enim ad pontificem de iure parietum, aut aquarum, aut ullo ſimilium? ergo quod cum religione coniunctum eſt. Id autem quantulum eſt? de ſacris credo, de votis, de feriis, de ſepulchris, & ſi quid ejusmodi eſt.* Weil nun in unſern iure von dieſen legis actionibus gar oft geredet wird, ſo wollen wir hier ein wenig ausführlich davon handeln. Die legis actiones werden in zweierlei Verſtande genommen, entweder pro formulis & conceptionibus verborum, quibus inter ſe homines diſceptabant. Z. E. hereditatis petitio; oder ſie heiſſen actus quidam voluntariæ iurisdictionis, coram magiſtratu quocumque, etiam incompetente, apud quem erat legis actio, ſolemni ritu explicandi. Denn die iuri dictio iſt zweierlei: vel voluntaria, vel contentioſa. Voluntaria iſt, quæ expeditur ſine contradictione adverſarii, z. E. manumiſſio, adoptio, emancipatio, ceſſio in iure, L. 3. D. *de Officio Proconſulis*, L. 4. D. *de Adoptionibus*, L. 1. D. *de Offic. Iurid.* Hier iſt alſo weder actor noch reus anzutreffen. Contentioſa iurisdictio aber heiſſet, welche cauſſæ cognitionem, und einen actorem und reum erfordert, z. E. wenn einer ex contractu oder ex delicto klaget. Jene actus voluntariæ iurisdictionis konten vor einem jeden Richter ausgemachet werden: diejenigen aber, welche mit gewiſſen Solennitäten verknüpfet waren, waren actus contentioſæ iurisdictionis, und wurden dahero legis actiones genennet.

§. 70. Wir kommen hier auf die actus legitimos, welche ſind certa negotia, ſolemniter, ſed non coram magiſtratu explicanda, z. E. hereditatis aditio, repudiatio, mancipatio &c. Es meinet zwar IANVS VINCENTIVS GRAVINA, *de XII. Tabb. p.* 442 quod omnes actiones legitimæ in iure factæ ſint, allein es wiederleget ſich dieſe Meinung aus dem angeführten Exempel. Es wurden aber bei dieſen folgende Stücke erfordert, 1) ut vel in iure vel ſolemniter fierent; 2) ut non admitterent procuratorem; 3) ut pure, non in diem, non ſub conditione fieri poſſent, e. g. hereditatis aditio, acceptilatio &c. L. 77. D. *de Reg. iuris.* 4) ut uno actu fierent, & iterari nequirent. Alſo muſte die Erbſchaft ſolemniter angenommen werden, recitatis verbis cretionis, ſodann muſte dieſes von

den

den Erben, nicht aber von einem Bevollmächtigten, geschehen, und letzlich konnte auch die Erbschaft nicht sub conditione, z. E. si solvendo sit, angetreten werden, sondern es muste pure geschehen. Es wird hierbei gefragt, zu welcher Zeit diese Dinge aufgehöret haben. NOODT *de iurisdictione lib. I.* c. 15. hat gezeiget, daß solches zu *Theodosi* und *Valentiniani* Zeiten geschehen sey. Nun haben wir zwar heut zu Tage diese actiones legis und actus legitimos nicht mehr, sondern rechnen dieselben mit dem Keiser *Iustiniano* inter antiquas fabulas. Wer doch aber ein Rechtsgelehrter werden will, muß sich dieselben nothwendig bekannt machen, weil noch unterschiedene Rechte übrig sind, deren Ursache aus diesen legis actionibus und actibus legitimis hergeleitet wird. Denn es pfleget gar öfters zu geschehen, daß man zwar die principia verwirfft, aber doch die conclusiones beibehält, welches mit vielen Exempeln könnte bewähret werden, wenn es nicht eine an sich schon bekannte Sache wäre.

§. 71. Bishero ist von dem iure scripto umständlich gehandelt worden: wir müssen aber nunmehro auch das ius non scriptum, oder das Gewohnheits-Recht etwas genauer erwegen. Wir haben dasselbe hier so definiret, *quod sit ius tacito populi suffragio,* (libera adhuc republica) *vel tacito consensu principis* (sub statu monarchico) *introductum.* L. 32. §. 1. L. 33. D. *de Legibus, SCtis & longa consuetudine.* Hierbei hat man nun sehr wohl zu mercken, quod unica causa iuris in republica sit voluntas summi imperantis, es mag nun derselbe princeps oder consilium optimatium, oder das gantze Volck seyn. Denn Unterthanen können keine Gesätze machen, sondern das ius legislatorium haben diejenigen, qui habent summam potestatem in republica. Wenn also diese ausdrücklich etwas setzen, und dasselbe pro lege wollen gehalten wissen: so wird es ius scriptum genennet; lassen sie aber geschehen, daß dieses und jenes beobachtet werde, so heißt dasselbe ius non scriptum oder consuetudo. Daraus fliesset denn, daß die im L. 32. § 1. D. *de Legibus &c.* angegebene definition nur in statu democratico seu populari, nicht aber in monarchico, gelten könne. Denn es kan keine Gewohnheit eine Gültigkeit von dem Volck erhalten, als in rebus publicis democraticis, weil nur derjenige derselben die Gültigkeit geben kan, welcher die Oberherrschafft hat. Es pfleget aber öfters zugeschehen, daß in einem Staat Gewohnheiten gelten, welche doch ehemals ein ius scriptum gewesen sind, welches, ob es gleich aufgehoben worden, dennoch geblieben ist. Wir haben hiervon ein Exempel in dem Hertzogthum Magdeburg, alwo durch die Landes-Ordnung das Sächsische Recht ausdrücklich ist aufgehoben worden. Und nichts desto weniger sind noch viele Dinge aus dem Sächsischen Recht üblich, welche als Gewohnheiten gelten. Es ist aber nichts daran gelegen, ob eine consuetudo circa ma-

terialia oder formalia entſtehe, denn beide müſſen beobachtet werden. Alſo haben wir heut zu Tage das ius congrui, das Geſpilde, welches eine conſuetudo in materialibus iſt: und dieſes nennet man das Herkommen. Wenn aber eine conſuetudo circa formalia, z. E. bei dem Proceß entſtehet; ſo heiſſet man dieſes den ſtilum curiæ, und derſelbe kan alsdann nicht geändert werden. S. STRYKII diſſert. *de Stilo curiæ*, THOMASII diſſert. *de iure conſuetudinis & obſervantiæ*, und die andere *de contentione morum cum iure ſcripto* §. 55. Von dieſem Gewohnheits-Recht iſt die obſervantia imperii in Teutſchland gar ſehr unterſchieden, welche in einem ſtillſchweigenden Vertrag des Keiſers und geſamter Stände beruhet, und dieſe iſt ſehr alt, indem ſchon RADEVICVS FRISINGENSIS *lib. 1. geſtor. Friderici I. cap. 16.* ihrer gedencket. Jener hatte viel von dem Reichs-Herkommen gehöret, daher er ſich eingebildet, es wäre ein berühmter Rechtsgelehrter, der Herr Hercomannus. THOMASIVS *de content. mor. cum iur. ſcript.* §. 53. Letzlich giebt es auch eine obſervantiam eccleſiaſticam, davon unſer Herr Geh. Rath Böhmer eine beſondere ſchöne diſſertation geſchrieben hat.

§. 72. Nunmehro ſind wir im Stande, die vier Regeln, welche ſich in gegenwärtigen ſpho finden, gar leichte einzuſehen. Die erſte Regel iſt, daß es eine quæſtio facti, ob eine conſuetudo in der Republik entſtanden? Es möchte aber jemand hier den Einwurf machen, daß, wenn die conſuetudo ein ius wäre, dieſelbe nicht dürfte erwieſen werden. Allein es iſt hier ein groſſer Unterſchied. Denn lex darf nicht bewieſen werden, weil derſelbe allen promulgiret worden: hingegen wird eine conſuetudo ſtillſchweigend eingeführet, welches in facto beruhet, und alſo erwieſen werden muß. Allein, wie wird die conſuetudo erwieſen? Wir ſagen auf zweierlei Art, a) ex diuturnitate temporis L. 33. L. 35. D. *de Legibus*, Dieſe Zeit iſt in dem iure communi nicht determinirt, aber nach Sachſen Recht werden erfordert 31. Jahr 6. Wochen 3. Tage. CARPZOV P. II. *Conſt. 3. def. 21.* Wird erfordert b) actuum uniformium frequentia. L. 34. D. *Legibus.* L. 1. *Cod quæ ſit longa conſuetudo.* Wir wollen die Sache mit einem Exempel erläutern, da die Frage vorkam, an ſpecifice eſſet probanda conſuetudo? Es war ein gewiſſer Mann an einem Orte verſtorben, und hatte einen Bruder und Halb-Bruders Kinder hinterlaſſen. Hier ward gefragt: ob die letzten mit dem erſten erben könten? Nach den gemeinen Rechten iſt kein Zweifel; nach Sachſen-Recht aber gehet es nicht an. Denn da heißt es: die halbe Geburt tritt einen Grad weiter. Da muſte der Bruder beweiſen, daß an dem Orte das Sächſiſche Recht angenommen ſey. Als er nun dieſes leiſtete, wolten die Halb-Bruders Kinder dieſe ſpecifice d. i. von dieſem Fall, erwieſen haben; allein es war genug, daß er die Annehmung des Sächſiſchen Rechts er-

erwieſen hatte. LEYSER *in Meditat. ad Pandectas Spec. IX. medit. 8.* Wie übrigens die Conſuetudo müſſe erwieſen werden, ſolches hat SCHILTER *in Praxi iuris Romani, exerc. II.* §. 20. und der Herr Geh. Rath BÖHMER in diſſert. *de obſervantia eccleſiaſtica cap. 2.* gewieſen. Die andere Regel von der Conſuetudine iſt, ut introductæ eadem vis ſit, ac ipſius legis, §. 19. *Inſt. h. t.* L. 32. §. 1. D. *de Legibus*: Denn ſie kömmt von einem Geſätzgeber her, und da iſt nichts daran gelegen, ob derſelbe ſeinen Willen ausdrücklich oder ſtillſchweigend zu erkennen giebt. Dieſes aber iſt nur zu verſtehen von derjenigen Provinz, in welcher die Gewohnheit eingeführet worden. Es pflegt zwar bisweilen mit auf die Gewohnheiten der benachbarten Provinzen geſehen zu werden, *c. 16. X. de conſuetudine:* allein dieſes iſt nur von allgemeinen Gewohnheiten zu nehmen. Es ſind alſo die Richter verbunden, ſich bei Verfaſſung der Urtheile nach den Gewohnheiten zu richten, *pr. Inſt. de officio iudicis.* Daher wird auch den Cammer-Richter und Beiſitzern in der Cammer-Gerichts-Ordnung anbefohlen, nach eines jeden Fürſtenthums, Herrſchafft und Obrigkeit Herkommen und Gebräuchen zu ſprechen. S. auch die Peinliche Halsgerichts-Ordnung Art 140. Einige wollen auch die opiniones communes hierher rechnen, d. i. dasjenige annehmen, was die meiſten ſtatuiren; aber es heißt dieſes nichts, indem uns dieſelben nicht verbinden können. Denn ein jeder ICtus hat die Freiheit zu ſchreiben, und dergleichen opiniones ſind nichs anders, als interpretationes doctrinales, welche nicht als leges können angeſehen werden; ſind dieſelben raiſonnable, ſo kan man ſie wohl annehmen: ſind ſie aber irraiſonable, ſo laſſe man ſie fahren. STRYK *in Vſu moderno Pandect. Tit. de Legibus* §. 13. Es ſind gemeiniglich communes errores, und es giebt auch opiniones communes contra communes, wovon HIERONYMVS CÆVALLVS *de communibus opinionibus contra communes* geſchrieben hat. Solten dieſe opiniones gelten, ſo würden ſie mit der interpretatione authentica einerlei Wirckung haben. Die dritte Regel von der Conſuetudine iſt, ut & legibus anterioribus deroget, & easdem plane tollat. Denn weil die conſuetudo inſtar legis iſt, nun aber das Geſätz, welches ſpäter gegeben worden, das ältere aufhebet: ſo erhellet daraus gantz klar, warum die Conſuetudo den legem priorem aufhebe. L. 32. §. 1. D. *de Legibus.* §. 11. *Inſt. h. t* Es ſcheinet zwar dieſen Satz den L. 2. *Cod quæ ſit longa conſuetudo* entgegen zu ſtehen, in welchen geläugnet wird, conſuetudinem ſuo usque adeo valere momento, ut aut rationem vincat aut legem. Allein dieſes Geſätz redet nur von einer irraiſonablen Gewohnheit, vornemlich aber von dem Heidniſchen GOttesdienſt, wie dieſes IOSEPHVS AVERANIVS *in Interpret. iur. lib. II. c.* 1. §. 9. GERARDVS NOODT *ad Pandectas tit. de Legibus* wohl angemercket haben: obgleich die ſonſt gelehrten Männer CONANVS *in Com-*

mentariis iuris lib. I. c. 9. §. 10. und GIPHANIVS *ad §. ult. Inſt. h. t.* das Pflöckgen nicht treffen können. Wenn man bei dieſen L. 2. *Cod.* PRVDENTII Verſe contra SYMMACHVM leſen wird: ſo wird der Verſtand deſſelben gantz deutlich und klar werden. Die vierte Regel iſt: Conſuetudo rectæ rationi repugnans nullius eſt momenti. L. 1. *Cod. quæ ſit longa Conſuetudo. Nov.* 134. *cap. 1.* Denn eine ſolche Gewohnheit iſt den Fürſten unbekannt, und daher hat er weder ausdrücklich noch ſtillſchweigend darein conſentiren wollen. Daher können auch die conſuetudines, welche aus Irrthum heimlich oder mit Gewalt eingeführet, gerechnet werden. L. 39. D. *de Legibus.* Dahin gehören auch die conſuetudines deriſoriæ, dergleichen ehemalen auf den Univerſitäten bei den neuen Studenten gebräuchlich waren. *Conſtit.* omnem reipublicæ §. 9. *ad Antecceſſores*, die Gebräuche bei den Handwercken, welche aber nun durch ein eigenes Reichs-Patent verrufen, und die Uebertreter mit hoher Strafe bedrohet worden. Solche Gewohnheiten haben keine Auctorität α) weil ſie der Vernunft und guten Sitten entgegen ſind, und β) da der princeps ein Geſätz abrogiren kan, ſo kan er auch dergleichen irraiſonable Gewohnheit wieder aufheben. LEYSER *in Meditat. ad Pandectas* Specim. IX. medit. 4.

§. 73. Es iſt hier die Frage: ob wir heut zu Tage noch ſo viel ſpecies iuris haben, als ehemals die Römer gehabt? Wir läugnen dieſes aus folgenden Gründen: 1) weil obgedachte ſpecies iuris aus Veränderung der Römiſchen Republik entſtanden ſind, und 2) weil bei uns das Volck weder Geſätze giebt, noch ſenatus per ſenatusconſultum etwas ſetzet, noch die Auslegungen der Rechtsgelehrten oder ihre reſponſa eine geſätzmäßige Verbindlichkeit haben. Daraus erhellet zugleich, daß wir uns einen andern Begriff vom Lege machen müſſen. Dahero wird gefragt: Was bei uns ein Geſätz ſey? Wir haben denſelben definirt, *præceptum commune ſummi imperantis, obligans cives, ut ad eius normam actiones ſuas componant.* Hier wird lex in ſenſu lariſſimo genommen, und wir nennen hier legem a) præceptum: denn es hat derſelbe eine Verbindlichkeit. Dieſes iſt ſo richtig, daß auch die leges permiſſivæ, iura ſingularia und privilegia als præcepta communia anzuſehen ſind. Denn auch dieſe verbinden in der Republik alle cives, daß ſie den privilegiatum in ſeinem exercitio ſeines privilegii nicht beinträchtigen ſollen. Wir haben b) geſagt, Commune, weil daſſelbe alle angehet, alſo iſt davon niemand ausgenommen, welches auch in den Worten obligans omnes enthalten iſt. Daher iſt auch die Cleriſei nicht einmal davon ausgenommen, L. 43. §. 1. *Cod de Epiſcopis & Clericis.* L. 33. §. 1. *Cod. de Epiſcopali audientia*, welches alles auch bei uns Proteſtanten ſtatt findet, obgleich nach dem iure Canonico c. 4. X. *de iudiciis* die Sache ſich anders verhält.

Weil

Weil lex ein præceptum commune iſt: ſo kan derſelbe nicht verbinden, wenn er nicht promulgirt worden. Iſt derſelbe publicirt: ſo verbindet er ſogleich: es müſte denn ſeyn, daß eine gewiſſe Zeit geſetzet würde, von welcher angerechnet derſelbe gelten ſolte, als z. E. nach einem halben Jahr. *Nov.* 66. c. 1. Dergleichen Zeit nenneten die Römer vacationem. SVETONIVS *in Auguſto* c. 34. Es giebt aber in der Republik zweierlei cives, perpetuos & temperarios. Perpetui ſind, welche ihre Wohnung beſtändig an einem Ort haben; temporarii aber, die ſich nur eine Zeit lang an einem Ort aufhalten. Daher wird gefragt: ob auch die Geſätze die temporarios cives verbinden? Wir antworten, allerdings, omnes qui vivunt in republica legibus reipublicæ tenentur. Ein Student aber, der ſich auf einer Univerſität aufhält, muß ſich nach den Landes-Geſätzen als ein civis perpetuus richten. Alſo auch, wenn einer hier in Halle wäre, und wolte ein Teſtament machen vor dem Pfarrherrn und zwei Zeugen, wie es etwa an ſeinem Ort hergebracht wäre, ſo würde dieſes hier keine Gültigkeit haben können, und ſo verhält es ſich in andern negotiis civilibus, wenn einer contrahirt, wenn es nur nicht unbewegliche Sachen, die auſſer dem Lande gelegen ſind, betrift. Z. E. In Gröningen kan kein minorennis ein Teſtament machen, hingegen gehet ſolches in Frießland an. Jetzo kömmt ein junger Menſch von Gröningen nach Frießland, und will, da er kranck wird, ein Teſtament machen, qu. gehet das an? Das Teſtament wird nach Frießiſchen Recht ſeine Gültigkeit haben, aber wegen der bonorum immobilium, wenn er davon diſponiret, hat daſſelbe alſo in Gröningen keine Gültigkeit, weil allda die Geſätze den minorennibus wegen der Teſtamente Ziel und Maas ſetzen. Man nennet dieſes conflictum legum, worüber die Rechtsgelehrten ſich ſcharf geſtritten haben. Man leſe HVBERI *Poſit. da Paul. tit. de Legibus* §. 22. und Diſſ. *de conflictu legum*, ROTHENBVRG *de iure, quod oritur ex ſtatutorum diverſitate.* Gleichwie aber alle ſubditi perpetui & temporarii in negotiis civilibus ſich nach den Landes-Geſätzen richten müſſen: alſo verhält es ſich auch in Peinlichen Fällen. Denn da mögen es Einheimiſche oder Fremde ſeyn, wenn ſie die Geſätze übertreten und Verbrechen begehen: ſo heiſſet es, qualem te invenio, talem te iudico, und ſie werden nach den Landes-Geſätzen beſtrafet. Wenn wir aber c) ſagen ſummi imperantis, ſo verſtehen wir darunter denjenigen, qui habet ſummam poteſtatem in republica. Denn niemand kan ein Geſätz geben, als der Regent, weil dieſes ein Regale und ius maieſtaticum iſt. L. 12. *Cod. de Legibus.* Daraus flieſſet denn, daß keine Unter-Obrigkeiten Geſätze geben können. Denn obgleich die municipia gewiſſe ſtatuta machen, ſo müſſen doch dieſelben von dem Landes-Herrn beſtätiget werden, wenn ſie anders gelten ſollen. ZIEGLER *de iure Maieſtatis lib. I.*

cap.

cap. 5. §. 17. Alſo ſind auch keine Geſätze, wenn etwa gewiſſe Collegia oder Corpora, z. E. Innungen und Zünfte etwas wegen ihres gemeinen Beſtens ordnen, ſondern dieſes heiſſen pactiones. *L.* 4. *D. de Collegiis & corporibus.* Es gehet zwar dieſes an, es muß aber a) von erlaubten Sachen geſchehen: denn ſind es irraiſonable Sachen, die können nicht geduldet werden. BRVNNEMANN *ad l. fin. Cod. de Colleg. & corp.* Müſſen dieſelben β) de rebus ſuæ poſſeſſionis verfertiget, und γ) von dem Landesherrn beſtättiget werden. HAHN *ad Weſenbecium lib. I. Tit. III.* n. 3. δ) Müſſen ſie nicht contra leges publicas ſeyn, und dergleichen Collegia dürfen ſich keiner Iurisdiction anmaſſen. THOMASIVS in den Juriſtiſchen Händeln T. I. p. 182. Da aber der Princeps ſelbſt die Geſätze giebt; ſo erſiehet man daraus, daß er ſelbſt den Geſätzen nicht unterworffen ſey: wiewohl ein Princeps klug handelt, wenn er ſeinen Geſätzen nicht entgegen gehet, denn dergleichen Handlungen können bisweilen bei den Kindern und Nachkommen übele Folgen haben, wovon COMINÆVS ein merckwürdiges Exempel von *Eduardo IV.* König in England anführet. Ferner, wer das Recht hat Geſätze zu geben, der hat auch das Recht dieſelben wieder aufzuheben. Die Rechtsgelehrten haben hier beſondere Benennungen, welche hier müſſen erkläret werden. Sie ſagen: princeps poteſt legem abrogare, ei derogare, obrogare, ſurrogare. VLPIANVS *Fragm. lib. I. Tit.* 3. Legem abrogare heiſſet, ein Geſätz abſchaffen, daß es gar nicht mehr gelten ſoll. Legi derogare, wenn das Geſätz nicht gantz abgeſchaft wird, ſondern nur in einem Punkte. Obrogare, wenn das Gegentheil eingeführet wird. Surrogare, wenn Princeps an ſtatt des Geſätzes etwas anders einführet. Es kan auch princeps von ſeinen Geſätzen iemand diſpenſiren: aber das gehet bei den legibus divinis nicht an, welchen er ſelbſt unterworffen iſt. Qu. an princeps ſit ſolutus legibus? TIMÆVS FABER beantwortet dieſe Frage mit den Worten: *nego contra eos, qui negant.* Denn Princeps iſt in der That nicht ſolutus legibus, ſondern vielmehr frei von ihrer Verbindung. Bei den Römern thaten die Keiſer par Politique als ob ſie den Geſätzen unterworffen wären, als welche nicht von ihnen ſondern dem Volck gegeben waren. Daher wurde ihnen bisweilen etwas erlaſſen, lege ſolvebantur. DIO CASSIVS *Hiſt. Impp. lib.* 59. p. 747. überhaupt aber geſchahe dieſes per legem regiam. Wer wolte aber dieſes auf unſere Fürſten wohl adpliciren.

§. 74. In dieſem §phoiſt noch übrig die Frage zu erörtern: quot ſint obiecta iuris? Wir antworten darauf, daß deren drei ſeyn, nemlich perſonæ, res & actiones §. *ult. Inſt. h. t.* Daher TERENTIVS *Adelph.* gar recht ſagt: *omne quod geritur, aut in rebus, aut in perſonis, aut in attributis earum conſiſtit.* Hier iſt alſo erſtlich zu mercken, quomodo perſonæ ratione iuri-

iurium differant, veluti domini, servi, patres, liberi, tutores, pupilli. Zum andern, worin die iura rerum bestehen, und drittens, durch welche actiones einer sein Recht verfolgen kan.

* *

Tit. III.

De Iure personarum.

§. 75.

Homo & persona grammatice sunt synonima, aber iuridice sind dieselben von einander sehr unterschieden. Omnis quidem persona homo est, sed non omnis homo est persona. Homo est, quicunque habet mentem ratione præditam in corpore humano, at persona est homo consideratus cum suo statu: Wer also keinen statum hat, der ist auch iuridice keine Person. Man hat hierbei wohl zu mercken, daß die alten Rechtsgelehrten hierin den Comicis gefolget sind. Denn gleichwie bei denselben in den Schauspielen nicht ein ieder Mensch, qui operam præstat, eine Person ist; sondern nur derjenige, welcher einen andern, z. E. einen König, Knecht, u. d. m. vorstellet, FESTVS v. *personata fabula.* SERVIVS *ad Virg. Georg. lib. II. v.* 387. BERGER *de Personis, vulgo Larvis.* also nennen auch die Rechtsgelehrten nur denjenigen eine Person, welcher ein paterfamilias, ein Bürger, ein freier Mensch ist, und daß ich es mit wenigem sage, wer einen statuum hat. Daher haben die Alten gesagt: ein Knecht sey keine Person, sondern eine res mancipi, und habe kein caput, wohin gehöret, was IVVENALIS sagt: *O demens! ita servus homo est?*

§. 76. Da wir gesagt haben, quod persona sit homo consideratus cum suo statu, so wird gefragt: was denn eigentlich status sey? Wir antworten darauf: status est qualitas, cuius ratione homines diversis iuribus utuntur. Denn andere Rechte hat ein freier Mensch, andere ein Knecht, andere ein Bürger, andere ein Fremder: daher libertas & civitas status genennet werden. In unsern Rechten wird bisweilen auch der status caput genennet, und daher sagt man, servus non habet caput, §. 1. *Inst. de capitis deminut.* und wer den statum libertatis, civitatis und familiæ verliehret, is dicitur capite minui, *pr. Inst. eod.* Die Juristen sagen, der status sey zweierlei: naturalis vel civilis. Naturalis ist, welcher von der Natur selbst herkommt. In statu naturali sind die Menschen vel nati, vel nascituri. Die letzten werden für keine Menschen gehalten. L. 9. *princ.* D. *ad L. Aquilliam,*

eine Person gehalten. Er ist ein Mensch, weil er eine vernünftige Seele in einem menschlichen Leibe hat: er ist aber keine Person, denn er ist weder ein Freier, noch Bürger, noch pater, oder filiusfamilias. Und daher kommt es daß man sagt: Servus non habet caput. S. die GVNDLINGIANA *Obs. Servus non habet caput.* Caput heißt hier so viel, als der dreifache status, wovon wir in unsern *Antiquitat. Romanis lib. 1. Tit. XVI.* §. 1. seqq. ausführlich gehandelt haben. Also waren die Knechte res L. 32. D. *de Legatis.* 2. THEOPHILVS *in Paraphraſi Inſtit. princ. de Stipulat. Servor.* Ja sie wurden zu den rebus mancipi gerechnet, und konten mit dem fundo veräussert werden. L. 8. D. *de fund. Inſtruct. & inſtrum. leg.* Sie wurden auch gar pro mortuis gehalten. L. 209. D. *de Reg. Iur.* Daher hatten bei den Römern die Herren das ius vitæ & necis über ihre Knechte. L. 1. §. 1. D. *de his qui ſui vel alieni iuris ſunt.* §. 1. *Inſt. eod.* In servum non cadebat iniuria, er konte nicht heyrathen, keinen Contrakt schlüssen, kein Testament machen, noch sonst etwas eigenes haben. Warum aber dieses? aus keiner andern Ursache, als weil ein Knecht keine Person war.

§. 78. Wir wollen nun die erste Eintheilung der Personen ansehen. Personæ non civiliter, sed naturaliter consideratæ vel sunt homines liberi vel servi. Liberi sunt, qui non sunt in iusta servitute. Wir sagen in iusta servitute: Denn wenn einer in iniusta servitute ist, z. E. einer wird von einem Räuber gefangen, so ist er zwar in servitute, aber er ist alsdenn kein Knecht, sondern ein freier Mensch. Servi sind, qui alteri ex iusta cauſſa seruiunt. Wir sagen ex iusta cauſſa: wie vielerlei aber dieselbe seyn kan, davon soll §. 81. mit mehrern gehandelt werden. Diejenigen, welche liberi homines sind, werden wieder eingetheilet in ingenuos & seruos. Ingenui sind, welche niemals in iusta seruitute, sondern gleich von ihrer Geburt an frei gewesen. *princ. Inſt. de Ingenuis.* Libertini sind, welche ex iusta seruitute frei gelassen worden. *princ. Inſt. de libert.* Beide sind freie Leute, aber der Name eines ingenui ist edler und besser, als eines libertini.

§. 79. Da nun die liberi a libertate, servi aber a servitute benennet werden: so haben wir ferner zu wissen nöthig, quid sit libertas? quid servitus? Wir geben von der libertate folgende definition: Est naturalis facultas eius, quod cuique facere libet, nisi quid vi aut iure prohibeatur. Diese definition ist genommen aus dem §. 1. *Inſt. h. t.* und wir wollen dieselbe erklären. Wir sagen libertas est naturalis facultas, weil von Natur alle Menschen frei seyn. §. 4 *Inſt. de iuſtitia & iure.* L. 32. *de reg. iur.* Der Unterschied zwischen Freien und Knechten ist nicht von der Natur eingeführet, sondern dieses kömmt her aus einer Verordnung der legum civilium. Wenn es ferner heist, quod cuique facere libet, so ist zu mercken, daß

zwei Kinder, und mit dem dritten gehet meine Frau ſchwanger, ſo mag ihn ſolches nicht zu ſtatten kommen *pr. Inſt. de excuſ. tutor. vel curator.* Was die natos anbelanget, ſo müſſen dieſelben lebendig zur Welt gekommen ſeyn, und ſolten ſie auch ſeyn aus Mutterleibe geſchnitten worden: wiewohl unſere Rechte hier andere Benennungen brauchen, welche diejenigen, die nach dem ordentlichen Lauf der Natur gebohren worden, natos nennen, die ausgeſchnittenen aber editos. L. 132. L. 141. D. *de Verb. Signif.* Dabei aber wird erfordert, daß ſie formam humanam haben müſſen: denn ſind es monſtra, ſo kan man dieſelben nicht als Menſchen anſehen, L. 14. D. *de ſtatu hominum.* L. 38. D. *de Verb. Signif.* Monſtra ſind, welche keinen menſchlichen Leib, und abſonderlich keinen menſchlichen Kopf haben. In L. XII. *Tabb.* war ein Geſätz: *Monſtra in Tiberim proiicito.* Bei uns bekommen ſie keine Erbſchaft, werden auch nicht getauft. Doch halten wir davor, daß man dieſelben nicht umbringen müſſe, obgleich GROTIVS *in Iurisprud. Hollandica lib. I.* P. 3. ſolches von der praxi Hollandiæ bezeuget. Der Herr STRYK in *Vſu Moderno Lib. I. Tit V.* iſt damit nicht zufrieden: denn er ſagt, es wäre ſolches nicht erlaubt, weil die monſtra ex iuſto Dei iudicio herkämen. Darüber moqvirt ſich THOMASIVS *in not. ad Pandectas*, und giebt eine Inſtantz von gewiſſen Thiergen, welche man auch nicht todtſchlagen dürfte, ob rationem eandem. Es haben es aber beide, meines Erachtens, nicht recht getroffen. Ich halte, daß man die monſtra nicht todt machen dürffe. Die Urſache aber iſt dieſe, weil wir nicht wiſſen, was vor eine Seele in dieſen ungeſtalten Cörper iſt. Es werden aber die Menſchen gebohren als maſculi, oder als foeminæ. Es haben zwar dieſelben in dubio mit einander gleiche Rechte, weil aber die Geſätze nach den Umſtänden eingerichtet werden, und die Manns-Perſonen gemeiniglich klüger und geſetztern Gemüths als die Weibes-Perſonen ſeyn, ſo hat man dieſe Regel angenommen: ratione dignitatis mares, ratione fragilitatis ſexus foeminæ melioris conditionis habentur. HVBER *in Poſit. Pandectar. lib. I. Tit. V.* §. 3. wovon ſich ein paar merckwürdige Exempel in L. 57. §. 1. D. *de ritu nuptiarum.* und L. 2. D. *de regulis iuris* finden. Daraus haben nun die Juriſten gefolgert, daß alle Weibs-Perſonen von muneribus publicis, officiis civilibus, und der patria poteſtate ausgeſchloſſen ſeyn. L. 2. D. *de Reg. iuris.* L. 196. *pr. & §. 1.* D. *de Verb. Signif.* Denn wenn hier eingewendet wird, daß es ja Aebtiſſinnen gäbe; ſo hat dieſes ſeinen Grund in iure Canonico: wie denn auch die Weibs-Perſonen nach den Teutſchen Rechten patriam poteſtatem haben. Wo aber das Römiſche Recht eingeführet iſt, da verhält es ſich anders. LYNCKER diſſ. *de Matria poteſtate.* Ferner kan einer Frau die Unwiſſenheit der Rechte nicht ſchaden. L. 9. *pr.* D. *de iuris & facti ignorantia.* Quæritur:

sellschafft nicht entgegen, weil dieselbe mit der servitute certarum personarum bestehen kan. 2) Wenn dieselbe dem Recht der Natur zuwider wäre, so könnte dieselbe die heilige Schrift nicht adprobiren, als welche der Vernunft nicht entgegen ist. Nun aber adprobirt die heilige Schrift die Knechtschafft *1 Cor. VII. 20. seqq.* Derohalben kann auch die servitus dem Recht der Natur nicht zuwieder lauffen. Es wird aber gesagt, daß die servitus deswegen contra naturam sey, quia ex personis fiunt res. Denn ein Knecht wird, wie wir gesagt haben, aus der Zahl der Personen genommen, und in die Zahl der Dinge versetzet. Daß also ein solcher Mensch nicht besser ist, als ein Ochse oder ander Vieh. L. 38. §. 12. D. *de Aedilitio Edicto.* EMVNDVS MERILLIVS *lib. II. Observat. c. 35.*

§. 81. Wir haben bisher gesehen, quid sit libertas & servitus: aber nun wird gefragt, wie einer ein Knecht wird? Antwort, servi nascuntur aut fiunt. Nascuntur ex ancillis nostris. Wenn dahero unsere ancilla oder serva Kinder bekommt, sie mögen männlichen oder weiblichen Geschlechts seyn, so sind dieselben servilis conditionis, und gehören unser. Quemadmodum fœtus vaccæ, quæ est in dominio, & ipse in dominio est: ita & fœtus ancillæ, quæ servit, & ipse servire dicitur. Ein solcher servus domi natus wird verna genennet: und dieses Rechts haben sich die Alten schon zu Zeiten Abrahams bedienet, welcher seine vernas bewafnet hat. Weil es aber öfters geschehen kan, daß ein solcher verna von Titii Knecht und Mevii Magd gezeuget wird: so wird gefragt, ob solcher verna dem Titio oder Mevio zugehöre. Wir sagen, er gehöre dem Mevio zu, und dieses darum, weil wir in iure die Regel haben, partus sequitur ventrem, §. 19. *Inst. de rerum divis.* Quemadmodum enim vitulus ex Titii bove & Mevii vacca procreatus, est Mevii, ita & verna ex Titii servo & Mevii ancilla natus Mevii est, quia eius est venter, quem partus sequitur. L. 24. D. *de statu hominum.* Ein anders wäre zu sagen, wenn gefragt würde de conditione filiifamilias. Denn wenn ein Sohn ex iusto matrimonio erzeuget worden, sequitur conditionem patris sui; extra matrimonium autem, conditionem matris. Z. E. Wenn der Vater ein Edelmann ist, die Mutter aber bürgerlichen Standes, und sie leben zusammen in einer rechtmäßigen Ehe, so sind die daraus gebohrnen Kinder gleichfalls Edelleute: hingegen leben sie mit einander ausser der Ehe, liberi sequuntur conditionem matris, und dieselben sind alsdenn plebeji. Unter den Fürsten ist dieses etwas besonders, daß ex principe marito & uxore nobili & plebeja keine Prinzen gebohren werden, wenn nicht die Mutter im Grafen und Fürsten-Stand erhoben wird. Wir haben ein Exempel in dem Hause Würtemberg-Mümpelgard, da der Hertzog mit eines gewissen Bürgers aus Oels Tochter einen Sohn erzeuget hatte, welchen der Keiser zum Grafen von Sponeck machte.

Als

Als der Hertzog, sein Vater, verstarb, durfte er nicht den Hertzoglichen Titel führen, konte auch nicht die Landes-Folge haben: sondern das Land fiel an den regierenden Hertzog von Würtemberg, als nächsten agnaten.

§. 82. Also haben wir gehöret, wie auch die Knechte durch die Geburt in diesen Stand kommen: wir wollen nun sehen, wie dieselben auf andere Art darein gesetzet werden. Solches geschiehet auf zweierlei Weise: 1) iure gentium und 2) iure civili. Iure gentium wird einer ein Knecht per captivitatem. Denn wer ehemals gefangen ward, er mochte nun seyn, wes Standes und Würden er war, der ward ein Knecht. Wir haben in den Römischen Geschichten davon ein Exempel an *Atilio Regulo*, welcher als Römischer Burgemeister in dem ersten Punischen Kriege von den Carthaginiensern gefangen und in eine klägliche Knechtschafft gesetzt ward, in welcher er endlich elendiglich verderben muste. FLORVS *Hist. Rom. lib. II. c. 11.* Es raisonnirten aber die Alten also: können wir die Feinde umbringen, so können wir sie um so viel eher zu Knechten machen, ja es ist dieses für sie eine grosse Wohlthat, da wir diejenigen erhalten, welche wir hätten aus dem Wege räumen können. Und daher wurden servi genennet, quasi servati; mancipia, quasi manucapta. §. 3. *Inst. h. t.* Heut zu Tage werden die Kriegsgefangene nicht mehr zu Knechten gemacht, sondern man macht ein Cartel, daß man sie rantzioniren wolle von den grösten bis auf den kleinesten. HERTIVS *in* dissert. *de Lytro.* Einige meinen, es könne heut zu Tage die servitus noch statt finden bei den Türckischen Gefangenen, weil die Türcken die Christen zu Sclaven machen: allein man pfleget auch diese gegen einander auszuwechseln. Die Römer befreieten par politique niemand aus der Gefangenschafft, wenn es ihm auch noch so elend und kläglich ergieng, wovon CICERO *lib. III. de offic. c. ult.* die Ursache angiebt: Eos senatus redimendos non censuit, ut militibus nostris insitum sit, aut vincere aut emori.

§. 83. Fiunt etiam servi iure civili in poenam, & quidem duobus potissimum casibus: 1) si major viginti annis pretii participandi causa se venumdari passus sit. Denn nach den Römischen Rechten war ein freier Mensch nicht in commercio, und konnte daher auch nicht verkauft werden; war er aber ja verkauft worden: so konnte er sich sogleich auf seine Freiheit berufen. Bisweilen aber gab es junge liederliche Leute, welche begierig nach Gelde waren, um ihre Depensen zu bestreiten. Diese, damit sie zu Gelde gelangen möchten, stellten es so an, daß sie ein anderer als Knechte verkauffen muste, und vertrugen sich mit dem verstellten Verkäuffer, daß derselbe ihnen ein Theil des Geldes ablassen muste, und denn provocirten sie auf die Freiheit, welches sich der Käuffer muste gefallen lassen. Diesen Betrügereien zu begegnen, machte man unter dem Keiser *Claudio* ein Senatusconsultum, worin disponirt wurde:

de: ut hi adoleſcentes, ſi XX annis majores eſſent; ſervi manerent. Ein Exempel von dieſer Betrügerei finden wir in PLAVTI *Perſ. Act. I. Sc. 3. v. 55. Act. III. Sc. 1. & Act. XXVI Sc. 3. v. 9* Der 2) Caſus iſt: ſi liberti ingrati eſſent adverſus patronum. Die ingratitudo iſt zweierlei α) ſimplex, & β) prægnans. Simplex wird genennet, wenn einer, welchen man ein beneficium geleiſtet, ſolches nicht wieder vergilt. Prægnans iſt, wenn einer ſeinen Wohlthäter noch dazu auf alle Art veriret. Alſo wurden die liberti wieder zu Knechten gemacht, non ob quamvis ingratitudinem ſimplicem, ſed ob prægnantem. L. 2. *Cod. de libert. & eor. lib. Nov. 115.* EVERARDVS OTTO in Commentario *ad Inſt. lib. 1. cap. 16. §. 1.* Wir wollen noch ein ander Exempel hinzu thun, welches der Keiſer *Juſtinianus* übergangen hat. Es konte nemlich eine Frau, welche mit eines andern Knechte zuhielt, von dem domino ſervi zur ancilla gemacht werden, welches aber der Keiſer *Juſtinianus* wieder aufgehoben hat, *princ. Inſt. de Succeſſ. ſublat.* L. *un. Cod. de SCto Claudiano,* TERTVLLIANVS *ad uxorem lib. II. c. 8.* PAVLI Recept. ſentent. *lib. II. Tit. XXI. §. 1.* Bei uns in Teutſchland iſt noch die Gewohnheit, daß wenn ein homo proprius eine Frau nimmt, die frei geboren iſt, ſo wird ſie ebenfals ſervilis conditionis, welches ſich auch ſo verhält, wenn eine ancilla, einen ingenuum heurathet, denn da heißt es: Trittſtu meine Henne, ſo biſtu mein Hahn. MEVIVS von Zuſtand und Abforderung den Bauren in Teutſchland. quæſt. 2. n. 144. ſeq. POTGIESER *de ſtatu & conditione ſervorum in Germania.* Es wurden auch diejenigen zu Knechten gemacht, welche ſich nicht in die Zins-Bücher hatten wollen ſetzen, noch enrolliren laſſen. Eben dieſes geſchahe den ſervis poenæ, welches TERTVLLIANVS *Apologet.* c. 18. poenalem ſervitutem nennet. Aber alle dieſe Dinge fallen heut zu Tage hinweg.

§. 84. Wir haben nun geredet de modis, quibus ſervi fiebant, jetzo wird gefragt: ob unter dergleichen Knechten ein Unterſchied ſey? Man muß diſtinguiren inter ſtatum & officia ſervorum: ſo wird man im Stand ſeyn, dieſe Frage gar leicht zu beantworten. Es war nichts daran gelegen, ob einer als Knecht gebohren, oder dazu gemacht worden war, es war einer ſo gut als der andere. Beide Sorten wurden pro rebus, pro mortuis gehalten, beiden fehlte die Freiheit: ſie konten keine Teſtamenta machen, und man konte ſie verkauffen oder auch umbringen iure antiquo. Aber in Anſehen der Dienſte, die ſie leiſteten, war unter ihnen ein groſſer Unterſchied. Denn man hatte ſervos ſcribas, inſtitores, tonſores, topiarios, atrienſes, unter welchen ſervus diſpenſator der vornehmſte war. Daher CLAVDIANVS *in Eutrop. lib. 1. v. 29.* geſchrieben:

- - diſcrimina quædam
Sunt famulis, ſplendorque ſuus.

Wir wollen hier ein wenig stehen bleiben, und zeigen, worin einiger Knechte ihr Amt bestanden. Z. E. die atrienses waren Knechte, welche über die atria oder Vorhäuser die Aufsicht hatten, damit alles, was darin enthalten, als der Vorfahren Bildnisse u. d. gl. rein und sauber gehalten würde. Auf den Landgütern hatten sie alle Dinge, die zum Hauswesen gehören, auch das Trinckgeschirr und Gefäß, so man bei dem Essen brauchte, in ihrer Verwahrung. Sie gingen aufgeschürzt in Leinwand gekleidet, damit sie in ihren Verrichtungen desto hurtiger seyn möchten. DEMPSTERVS *ad Rosini Antiquit. Rom lib. I. c. 13.* Servi dispensatores waren Knechte, welche die Haushaltung und darzu gehörige Gelder verwalteten. Mediastini waren Knechte von der mittlern Gattung, welche etwas weniger als die vornehmsten, atrienses und dispensatores, aber doch noch besser als die Gefangenen waren. In diese Classe gehören die Ostiarii, Scoparii, Vnctores, Balneatores &c. Ausführlicher haben davon gehandelt PIGNORIVS *de servis* und PORMA *de operis servorum.* Hernach waren die statu liberi, welches diejenigen waren, qui vel sub conditione, vel in certum diem libertatem erant consequuturi. So lange nun als diese conditio oder dies noch nicht existirte: so blieben sie zwar in statu servili, sie wurden doch aber viel gelinder gehalten, weil sie die Hofnung hatten, dermaleinst die Freiheit zu überkommen.

§. 85. Wir haben nun bisher gesehen, was die Römischen Rechte von den Knechten disponiren: jetzo wollen wir davon reden, was noch heut zu Tage im Gebrauch. Und da wird gefragt: 1) ob wir heut zu Tage noch Knechte haben? Viele läugnen dieses, weil die sogenannten homines proprii, die noch heut zu Tage in Westphalen und den benachbarten Geldern sich finden, von den Römischen Knechten gantz unterschieden sind. Aber wenn dieser Schluß gelten solte, so könten wir auch heut Tage keine Weiber und Kinder mehr haben, weil dieselben nicht mit den Römischen übereinkommen. Wir haben allerdings noch heut zu Tage in Teutschland, und sonderlich in Westphalen, Geldern und an andern Orten Knechte, ob sie gleich von den Römischen Knechten sehr unterschieden sind. Wenn dahero 2) gefragt wird, was heut zu Tage die Herren über ihre Knechte oder eigenbehörige Leute vor Gewalt haben? so fällt die Antwort also aus: a) non sunt res, uti apud Romanos, sed personæ, daher können dieselben nicht umgebracht, nicht verkauft, noch verschencket werden, sondern das letzte kan nur geschehen mit den Gütern, wozu sie gehören. Wenn also sich einer unterstehen solte, seinen Eigenbehöriaen todt zu schlagen, der würde gewiß einen harten Stand bekommen. Die Herren haben zwar ehedem das ius vitæ & necis gehabt, aber nun nicht mehr, und sie haben davon nichts behalten, als die Erbgerichte, wovon wir ausführlich in unserer dissertation *de origine & indole iurisdictionis*

nis patrimonialis gehandelt haben. Es irret also der Herr STRYK, wenn er *in Usu moderno lib. I. Tit. V.* §. 2. vorgiebt, daß die Teutschen die Knechtschafft durch ein allgemeines Gesätz aufgehoben hätten. Wir haben ja noch so viele Urkunden von den folgenden Jahrhunderten, in welchen der Servorum, Sclavorum, Venedorum, Albinorum, Smurdorum und dergleichen Art Knechten mehr Meldung geschiehet. Weil wir nun oben gesagt, daß unsere servi von gantz anderer Art als die Römischen seyn, und dieselben als Personen consideriret werden: so dürffen dieselben auch heurathen, Contrakte schliessen, Testamente machen, wenn es nur nicht über solche Sachen ist, die zum Hof gehören. Wenn sie heurathen, zahlen sie an den Herrn ein gewisses Geld, welches maritagium genennet wird, und darüber bekommen sie einen Stech-Schein. Sie müssen auch dem Herrn einen gewissen Zins zahlen, welcher mehrentheils in Eyern, Hünern, Korn und gewissen Geldern, vornemlich aber in Teutschland in einem Rauchhuhn, bestehet. Stirbt ein solcher Eigenbehöriger, so hat der Haupt-Fall, oder das ius mortuarium oder der Gewand-Fall, oder die Kurmede statt. Zuweilen theilet auch wohl der Herr die Erbschafft mit dem Erben zu gleichen Theilen. b) Diese homines proprii sind glebæ adscripti, d. i. sie gehören zu dem fundo oder prædio, und werden daher genennet Liefeegene, Eigenbehorige, Zoofbehorige, können auch mit den Gütern veräussert werden. Wenn sie auch davon lauffen, so können sie an allen Orten aufgesucht und wieder eingebracht werden. Diese homines proprii müssen c) operas præstiren, und zwar mehrentheils operas indeterminatas, welches aber nicht so zuverstehen ist, als wenn ihnen kein Stillstand zuzulassen wäre. Dahin gehöret, daß sie den Herrn die Aecker pflügen, das Getreide einerndten, dem Herrn Bothschafft laufen, Fuhren und andere Dinge mehr thun, welche ihnen der Herr anbefiehlet. SCHULTZ. *in Synos. Inst. h. t.* d) Bekommt der Herr den besten Theil aus der Erbschafft, wovon wir schon oben geredet haben. e) Müssen sie einen gewissen jährlichen Zins erlegen, und an manchen Orten sind sie so schlimm daran, daß sie weiter nichts behalten, als kümmerliche Lebensmittel, einen elenden und durchlöcherten Kittel, und ein paar Scheffelgen zur Aussaat. Das übrige alles nimmt der Herr zu sich, dessen gröste Reichthümer öfters in solchen eigenbehörigen Leuten bestehen.

§. 86. Es wird ferner gefragt: an iisdem modis hodie servi fiant, ac olim? Wir antworten: allerdings, wie bei den Römern, quod servi quoque vel nascantur vel fiant. An denjenigen Orten, wo die Knechtschafft gilt, sind die Kinder der eigenbehörigen Leute ebenfalls Knechte. Sed non fiunt iure gentium per captivitatem, weil, wie wir schon gesagt haben, die Kriegsgefangenen keine Knechte werden, sondern sie werden entweder ausgewechselt

oder rantzioniret. Wenn aber bei uns Knechte werden: so geschiehet solches auf unterschiedene Weise, wovon die Römischen Rechte nichts wissen. Und also kan bei uns heut zu Tage ein freier Mensch ein Knecht werden, per additionem voluntariam, oder per venditionem. Z. E. Es ist einer so arm, daß er nicht das liebe Brodt hat, der verträgt sich mit einem Herrn, daß er ihm dienen will, oder nimmt dafür ein Stück Geld. Dieses gehet bei uns gar wohl an, ob es gleich den Römischen Rechten zuwider ist, und hat TACITVS *de Mor. Germ. cap.* 24. von den Teutschen gesagt, daß die Teutschen so gar ihre Freiheit verspielet hätten. Man kan dieses aber auch aus einer andern Stelle des TACITI *lib. IV. Annal.* c. 72. beweisen, alwo von den Friesen gesagt wird, daß dieselben, da sie von Steuren gantz erschöpffet gewesen, sich den Römern mit der Knechtschafft unterworfen, welches principium hernach bei den Friesen und Beiern geblieben. *Lex Frisi. Tit. II.* §. 1. *Lex Bajuvar. Tit. V.* §. 6. Wovon auch der Sachsen-Spiegel redet. In den mittlern Zeiten finden sich genug Leute, auch so gar vornehme Herren, welche sich nebst ihrer gantzen Familie aus einer besondern Heiligkeit den Kirchen oder Klöstern unterworffen. Dieses geschahe dadurch, daß sie entweder das Glocken-Seil um den Hals schlungen, oder das Haupt nebst den Armen und 4. denarios auf den Altar legten, wovon die Exempel bei MABILLON *de re diplom. lib. VI.* n. 4. POTGIESER *de statu & conditione servorum lib. I.* c. 3. §. 47. seq. und DV FRESNE *in Glossario mediæ & infimæ latinitatis v. Oblati.* Du möchtest sagen, dieses sind alte Dinge, wer weiß, ob dieses noch heut zu Tage angehet. Allein es hat MEVIVS von dem Zustand und Abforderung der Bauern *qu. 1.* n. 46. seqq. gar schön gezeiget, daß diese Weise noch heut zu Tage in Gebrauch sey; und die Lausitzische Unterthanen-Ordnung *art.* 2. disponiret davon also: wann ein losgelassener Unterthan sich durch gewissen Vertrag bei einer andern Herrschafft nebst seinen Kindern, so viel er derselben zur Zeit des Vertrags unter väterlicher Gewalt hat, und von ihm durch Haltung eigen Feuer und Rauch nicht gesondert sind, anderweitig unterthänig und dienstpflichtig machet. Geschiehet dergleichen: so wird darüber ein Instrument errichtet, welches man den Annehmung- oder Ergebe-Brief nennet. An einigen Orten müssen dieselben den Unterthanen-Eid schweren, welchen aber der Churfürst von Brandenburg in der Bauer- und Gesinde-Ordnung *de a.* 1555. *Tit. IV.* §. 2. hier nicht nöthig gefunden hat. So kan auch einer ein Knecht werden per nuptias. Denn wenn ein freier Mensch eines andern Herrn Leibeigene heurathet: so wird er dadurch ein Knecht, wovon sich schon Spuren in *Lege Bajuvar. Tit. VI.* c. 1. §. 3. finden. Die Teutschen haben das Sprüchwort: Trittstu meine Henne, so bistu mein Hahn. MEVIVS *c. l. qu.* 2. n. 160.

n. 160. OTTO von der Leibeigenschafft *P. II.* p. 31. Aber diese Knechtschafft fällt alsden hinweg, wenn ein freier Mensch die Leibeigene, die er heurathen will, loskaufet, und dergleichen Freilassung, welche in honorem matrimonii geschahe, nennete man epistolam conciliatoriam, wovon sich Exempel in MARCVLPHI *Formulis lib. II. Form.* 19. und in *adpendice Form.* 20. finden. Die dritte Art, wodurch einer ein Leibeigener werden kan, ist habitatio, wenn einer sich an einen solchen Ort begiebt, wo das Sprüchwort gilt: die Lust macht eigen, wovon HERTIVS *de hominibus propriis Sect. III.* §. 3. und *in Paræmiis iuris lib. II. paræm.* 12. p. 608. handelt. Dieses gilt heut zu Tage im Algau, SPEIDEL sub voc. Frohn-Dienst. An einigen Orten in Hessen, WALDSCHMIDT *de hominibus propriis* c. 3. und in den drei Orten, welche der Stadt Ulm zugehören, Geislingen, Lohensee und Küchen, HARPRECHT *de iure mortuarii c. ult.* §. 10. Der Churfürst von der Pfaltz hat das Wildfangs-Recht in den Rheinischen Provinzen, welches darin bestehet, daß wenn Ankömmlinge und Fremde kein gewisses domicilium haben, dieselben zu Leibeigenen können gemacht werden. Nachdem aber in vorigen Jahrhundert darüber ein schwerer Krieg entstanden: so ist dasselbe durch das bekante Laudum Heilbrunnense einigermassen restringiret worden. Ehemals hatte man noch zwei besondere Arten, wodurch einer ein Knecht werden konte, a) wenn einer wegen eines Verbrechens ein Knecht werden muste, da er die Strafe nicht erlegen konte. MARCVLPH. *Formul. lib. II.* c. 36. und 58. *Lex Bajuvar. Tit. VI.* c. 2. § 2. Allein dieses gilt heut zu Tage nicht mehr. Denn wenn Delinquenten Verbrechen begangen haben, und es wird ihnen eine Geld-Strafe zuerkannt: so werden dieselben nicht zu Knechten gemacht, sondern da heist es, der Delinquent müsse die Strafe absitzen oder abverdienen. Man pfleget dabei so zu erkennen: daß *Inquisit.* weil er nicht des Vermögens die erkannte Strafe zu erlegen, zu mäßiger Hand-Arbeit anzuhalten, und ihn davor täglich drei Groschen abzuschreiben. Es konte aber auch einer b) ein Knecht werden, wenn einer Schulden gemacht hatte, und nicht im Stand war zubezahlen, Sächs. Landrecht *lib. III. art.* 39. Weichbild *art.* 27. Und dieses gilt heut zu Tage nur bei den Lübekern. *Ius Lubecense lib. I. Art.* 3. *Tit. I.* und was MEVIVS darüber geschrieben hat.

§. 87. Bishero haben wir de servis gehandelt, jetzo soll de liberis geredet werden. Weil aber die liberi eingetheilet werden in ingenuos & libertinos (§. 78.) so wollen wir in den folgenden Titel de ingenuis, in den fünften Titel aber de libertinis handeln.

Tit. IV.

De Ingenuis.

§. 88.

Wir haben bei Erklärung dieses Titels hauptsächlich auf zwo Fragen zu reflectiren: 1) quid sit ingenuitas? wovon §. 88. 89. handelt: 2) quinam sint ingenui? wovon §. 90. 92. geredet wird. Was die erste Frage betrift, so haben wir bei derselben zu sehen, α) auf die Etymologie. (§. 88.) β) auf die definition, (§. 89.) Ingenui sind genennet a gignendo, und daher bekommen sie ihren Namen, weil ihnen die Freiheit angebohren ist, qui libertatem cum sole quasi edspexerunt. L. 14. *Cod. de fideicom. lib.* oder welches einerlei ist, da dieselben gleich von dem moment an, da sie gebohren worden, frei gewesen. Denn eben darin unterscheiden sie sich von den libertinis, welche zwar auch frei seyn, aber der terminus a quo ist nicht die Zeit ihrer Geburt, sondern die Zeit ihrer Freilassung, und also siehet man, daß etwas anders sey, liberum esse und in servitute esse. L. 10. D. *de liberali causſa.* Die alten Juristen wissen dieses sehr wohl zu distinguiren, wie aus dem L. 4. D. *de Iuſtitia & Iure* erhellet, allwo VLPIANVS einander entgegen setzet: liberos & servos, & tertium genus libertos. Diese Observation ist eben nicht de nihilo, sondern kommt uns bei Erklärung einiger Stellen in iure wohl zu statten, wie bei dem L. 2. *pr. Cod. Theod. de liberali cauſſa* kan gesehen werden.

§. 89. Dieses vorausgesetzet, ist man im Stand die Definition zu verstehen. Wir sagen *ingenuus eſt, qui ſtatim, ut natus eſt, liber eſt, pr. Inſt. h. t.* L. 5. D. *de ſtatu hominum*, L. 14. *Cod. de fideicom. lib.* Wenn aber einer ein ingenuus seyn soll, so wird dreierlei erfordert: 1) daß einer frei sey, denn ein Knecht ist kein ingenuus. 2) Muß er diese Freiheit gleich von seiner Geburt an gehabt haben. Wenn daher einer von einer ancilla gebohren würde, und in eben dem moment seine Freiheit erhielte, so wäre er doch kein ingenuus, sondern libertinus. 3) Daß ein solcher niemals in iuſta ſervitute gewesen seyn müsse. Denn ist er nur einen Augenblick ein Knecht gewesen, so ist er kein ingenuus, sondern ein Freigelassener, oder ein solcher, der die Freiheit wieder erhalten hat. Ist es aber iniuſta ſervitus: so behält einer auch ſtatum ingenuitatis. Z. E. Joseph, der in Egypten verkauft ward, war kein libertinus, sondern ingenuus, ob er gleich einige Zeit als ein Knecht gedienet hatte. Denn hier war keine ſervitus iuſta, und es ist

ein

ein groſſer Unterſchied inter ſervire, & ſervum eſſe. QVINCTILIANVS *lib. V. Inſtit. Orator.* c. 10.

§. 9. Hier gehet der andere Theil dieſes Titels an: quinam ſint ingenui? Ich ſetze hier eine Haupt-Regel zum voraus, woraus die Ingenuitas kan erkannt werden: ſodann ziehe ich aus derſelben unterſchiedene Schlüſſe (§. 91. 92.) Unſere Haupt-Regel iſt dieſe: *Ingenuus eſt, quicunque eſt natus ex matre, quæ vel tempore conceptionis, vel partus, vel intermedio, dum uterum geſſit, ſaltim per momentum libera fuit.* Denn da die Knechtſchaft eine klägliche Sache iſt, ſo favoriſiren unſere Rechte mehr der Freiheit, als der Knechtſchaft: und dahero heißt es, wenn die Mutter nur einen Augenblick von der Zeit ihrer Empfängniß an bis auf die Entbindung frei geweſen: ſo wird auch das Kind für einen Freigebohrnen und keinen Knecht gehalten. Es kan aber auch ſeyn, daß man dieſes zum Vortheil desjenigen, qui in utero eſt, geſetzet hat, *pr. Inſt. h. t.* L. 5. §. 2. L. 24. D. *de ſtatu hominum.* CICERO *de Nat. Deorum lib. III. c.* 18. ſchreibet davon: *ut in iure civili, qui eſt matre libera, liber eſt, ita iure naturæ, qui Dea matre eſt, Deus ſit neceſſe eſt.*

§. 91. Wir wollen nun die Schlüſſe anſehen, welche aus dieſer (§. 90.) geſetzten Haupt-Regel können gezogen werden. Es erhellet daraus folgendes: 1) daß einer ein ingenuus ſey, welcher von Eltern erzeuget worden, die libertini ſind. Denn ein ſolcher war niemals in iuſta ſervitute geweſen, dahero derſelbe auch pro ingenuo gehalten ward. Daher ſchreibet HORATIVS von ſich, er ſey a libertino patre erzeuget worden. Er war alſo ein ingenuus, weil er nicht ein Knecht geweſen war, ſondern ſein Vater, der hernach frei gelaſſen worden. Flieſſet 2) aus obiger Regul, ut natus ex libera & ſervo ſit ingenuus. Denn weil inter liberam et ſervum kein iuſtum matrimonium war; ſo hieß es, partus ſequitur ventrem. Alſo war ein ſolcher, der von einer freien Mutter gebohren war, kein ſervus, ſondern ingenuus, ob gleich der Vater ein Knecht geweſen. Daraus folgete ferner 3) ut ingenuus quoque ſit ſpurius ex ingenua matre natus, quamvis pater incertus ſit. Denn ob es gleich ſonſt heiſſet, liberi ſequuntur conditionem patris: ſo gehet dieſes doch extra nuptias nicht an. Denn es heißt ſonſt, pater eſt, quem iuſtæ nuptiæ demonſtrant: nun aber ſind hier keine iuſtæ nuptiæ, ſondern der partus iſt gezeuget extra matrimonium, daher hier auf den Zuſtand der Mutter geſehen wird. L. 19. *D. de ſtatu hominum.* Es folget auch 4) daraus, ut non officiat ingenuitati manumiſſio. Wenn daher ein freier Menſch unrechtmäßiger Weiſe zu einem Knecht gemacht worden, Z. E. die Räuber haben ihn gefangen, und er erhält hernach ſeine Freiheit wieder: ſo iſt er kein libertinus, ſondern ingenuus, §. 1. *Inſt. h. t.* L. 13. *pr.* D. *qui teſtam. facere*

facere possunt. Wovon wir oben (§. 89.) das Exempel Josephs beigebracht haben, welcher nach den principiis iuris Romani kein Knecht war, sondern ein ingenuus, qui sine iusta causa in hunc statum erat detrusus. Letzlich erkennen wir auch 5) daraus, ut liberi a patre venumdari, vel noxæ dediti, nec non obærati addicti creditoribus, post manumissionem sint ingenui. Denn in den alten Zeiten, wenn die Schuldner nicht bezahlen konten, so wurden sie den Gläubigern zu Knechten übergeben, wie uns dieses das Evangelium vom Schalcks Knecht lehren kan. Weil diese aber revera keine Knechte waren, sondern nur operas præstirten: so hielt man dieselben pro ingenuis, wenn sie ihre Freiheit wieder erhielten, welches QVINCTILIANVS *lib. VII. Instit. Orat. cap. 3. lib. V. cap. 10. Declamat.* 311. 340. und 342. schön ezeiget hat.

§. 92. Wir haben in diesen Spho noch zwo conclusiones hinzu gesezt: 1) quod & is, quem iudex ingenuum esse sententia lata pronunciavit, omnino habeatur ingenuus, und hernach 2) quod & is, qui altero deferente iuravit, se ingenuum esse, pro ingenuo habeatur. Die Ursache bestehet darin, quia res iudicata & iusiurandum pro veritate habetur, wenn es auch gleich hernach heraus kommen solte, daß sich die Sache anders verhielte, z. E. wenn *Titius* mir hundert Thaler schuldig ist, und solches leugnet, ich ihn aber den Eid deferire, und er solchen schwöret, so ist er mir nichts schuldig. Denn wenn sich hernach gleich die Handschrift finden solte, woraus man sehen könte, daß er einen Meineid begangen: so ist er zwar ein Meineidiger, und kan auch dafür gestraft werden, aber zu bezahlen kan man ihn nicht zwingen. Also auch, wenn mir einer hundert Thaler schuldig wäre, und ich verklagte denselben, könte es aber nicht beweisen, und der Richter sprach jenen frei: so könte ich hernachmals nichts fordern, ob ich gleich hernach die Handschrift fände. Und daher haben die practici die Regel ausgesonnen: res iudicata ex albo facit nigrum, & ex nigro album, ex curvo rectum & ex recto curvum. Wenn also einer geschworen hat, daß er ein ingenuus sey, da der andere ihm den Eid deferiret hat: oder wenn der Richter ein Urtheil gefället, daß einer ein ingenuus sey, so bleibt er dieses auch, ob gleich sich hernach zu Tage leget, daß er entweder unrecht geschworen, oder der Richter übel geurtheilet habe.

Tit.

Tit. V.

De Libertinis.

§. 93.

Oben iſt geredet worden von den freien Leuten, welche den Knechten entgegen geſetzet werden: und dieſe waren entweder ingenui oder libertini. Da nun bishero von den ingenuis umſtändlich gehandelt worden iſt, ſo ſoll auch etwas geſagt werden von den libertinis. Hierbei wird gefragt: 1) was libertini ſind? (93) 2) Auf was Art und Weiſe dieſelben freigelaſſen worden? (§. 94-104.) 3) Wie vielerlei die libertini ſind? (§. 105-110.) 4) Was die patroni für Recht über ihre libertinos gehabt? (§. 111. 112.) 5) Ob wir von dieſen Sachen heut zu Tage noch einen Gebrauch machen können? Wir wollen dieſe Fragen beſonders erörtern. Die erſte Frage war: quid ſint libertini? wir antworten darauf, qui ex iuſta ſervitute manumiſſi ſunt, *pr. Inſt. h. t.* L. 6. D. *de ſtatu hominum.* Wir ſagen ex iuſta ſervitute, weil wir kurtz vorher (§. 91.) erinnert haben, daß derjenige, welcher ex iniuſta ſervitute manumittirt wird, kein libertinus werde, ſondern ein ingenuus ſey. Alſo war z. E. *Tiro*, welcher von *Cicerone* manumittirt wurde, ein libertinus, weil er in iuſta *Ciceronis* ſervitute geweſen war. Aber Joſeph, der von Pharao freigeſprochen ward, war ein ingenuus, weil er nicht in iuſta ſervitute geweſen, ſondern von ſeinen Brüdern auf eine heimtückiſche Art war verkauft worden. Beiläufig müſſen wir hierbei mit anmercken, daß man ſich hüte, die Worte libertus und libertinus mit einander zu vermiſchen. Denn libertus wird einer genennet ratione patroni, von welchen er manumittirt worden iſt. Libertini aber werden genennet ratione ſtatus, in quem ratione manumiſſionis pervenerunt. Alſo war *Tiro* ein libertinus, ſetze ich aber den patronum dazu, ſo muß man ſagen, *Tiro* war *Ciceronis* libertus, aber nicht libertinus. CASTALIO *Variar. Lection.* c. 13. OISELIVS *ad Caii Inſtitut.* p. 7. wiewohl bis auf *Appii* Zeiten ein manumiſſus libertus hieß, libertini aber der libertorum ihre Kinder waren. SVETONIVS *in Claudio* c. 24.

§. 94. Die andere Frage war: Auf wie viel Art und Weiſe die manumiſſio ehemals geſchehen ſey? Wir beantworten dieſes folgender maſſen, a) daß wir die Definition von der manumiſſion geben (§. 94.); ſodann b) die modos ſolemnes (§. 95.); c) die modos minus ſolemnes (§. 96.) beibringen, und d) von einem jeden insbeſondere handeln (§. 97-104.). Wir definiren

die manumiſſio alſo, daß wir ſagen, *eſt de manu datio.* Manus bedeutet in den Römiſchen Rechten ſo viel als poteſtas, daher wird von *Romulo* geſagt, eum omnia manu gubernaſſe, i. e. poteſtate & arbitrio. L. 2. §. 1. D. *de Iuſtitia & Iure.* Von den Kindern wird geſagt, daß ſie in manu parentum ſeyn, i. e. in poteſtate, und wenn ſie aus der väterlichen Gewalt emancipirt worden, ſo ſagt man, e manu dimiſſi ſunt. Daß aber die Knechte können manumittirt werden, ſolches ſtehet gar leicht zu erweiſen: Servus eſt res, (§. 77.) und alſo iſt er in dominio; was in dominio iſt, kan derelinquirt werden, und ein ieder kan ſeines Eigenthums ſich begeben, und alſo kan auch einer ſein Eigenthum an den Knechten fahren laſſen. Wer dieſes kan, kan auch manumittiren, und können alſo die Knechte freigelaſſen werden. Es konte ſich aber zuweilen auch wohl zutragen, daß ein Knecht nicht von ſeinen Herrn, ſondern von der Republik manumittirt wurde, wenn derſelbe ſich etwa um das Vaterland wohl meritirt gemacht hatte, wovon wir bei LIVIO ein Exempel finden, *lib. II. c. 5.* allwo erzehlet wird, daß der Römiſche Rath einen gewiſſen Knecht, Namens *Vindicius*, manumittirt habe, weil er eine Verſchwörung gegen die Republik entdecket.

§. 95. In dieſen Spho haben wir zu ſehen, quot modis facta ſit manumiſſio? Wir haben dieſelben eingetheilet in ſolemnes & minus ſolemnes. Solemnes olim fiebant a) per cenſum luſtralem, b) per teſtamentum, und hernach c) per vindictam. Manumiſſio per cenſum luſtralem geſchahe auf folgende Art. Aller fünf Jahr wurde der Cenſus gehalten, da die Römiſchen Cenſores das Römiſche Volck und deſſen Vermögen in gewiſſe Zins-Tafeln aufſchrieben, wenn nun der Herr ſeinen Knecht befahl, daß er ſolte hingehen, und ſich in die Zins-Tafeln eintragen laſſen; ſo ward er frei: und alsdenn war er ein Römiſcher Bürger, wovon CICERO *lib. I., de Oratore* c. 40. & *in Topicis* c. 2. zeuget. Da aber nach dieſer Zeit unter den Keiſern der cenſus gehalten ward, ſo oft es ihnen beliebete: ſo kam derſelbe nach und nach in Abnahme, und wir finden, daß noch *Veſpaſianus* dieſen cenſum halten laſſen, wie davon CENSORINVS *de die natali* c. 18. berichtet. Es iſt aber dieſes ſo zu verſtehen, daß nur das luſtrum dabei hinweg gefallen, der cenſus aber geblieben, wie man dieſes aus unterſchiedenen Stellen in den Schriften VLPIANI erſehen kan. Dieſen cenſum luſtralem, welchen man ſo lange unterlaſſen hat, hat der Keiſer *Decius* wiederholet, wie TREBELLIVS POLLIO *in Valeriano* c. 1. & 2. berichtet, welches auch das letzte mal geweſen iſt. Der Keiſer *Theodoſius* wolte zwar denſelben wieder halten, allein er fand ſolchen Widerſtand, daß er von ſeinem Unternehmen abſtehen muſte. ISACVS CASAVBONVS hat *in notis ad* POLLIONIS *Valerianum.* p. 203. dieſes wohl erinnert, da er ſchreibet: *Hoc cenſuræ veteris ultimum & longo intervallo repetitum*

titum exemplum. Nam conanti Theodosio eam revocare repugnavit ordo amplissimus magisterium respuens, inquit Symmachus, quem lege lib. IV. & V. Es hat aber der Keiser *Constantinus M.* loco huius manumissionis die manumissionem in Sacrosanctis Ecclesiis eingeführet, wie aus dem L. 1. & 2. *Cod. de his. qui in ecclesiis manumittuntur*, und SOZOMENI *Hist. Eccles. lib. I. c. 9.* zu ersehen ist. Da führte man den Knecht in die Kirche bei dem Altar, woselbst man ihm in Beiseyn des Bischofs und Geistlichkeit den Brief, kraft dessen er freigelassen ward, auf den Kopf legte, so daß ihn die gantze Gemeinde sehen konte: und diese Freilassung pflegte man gemeiniglich am heil. Oster-Feste vorzunehmen. AVGVSTINVS *Serm. V.* Der gelehrte IACOBVS GOTHOFREDVS *in Comment. ad L. un. Cod. Theodos. de manumiss. in Eccles.* stehet in der Meinung, daß dieser modus manumittendi ex templis & comitiis gentilium müsse hergeholet werden, als welcher ihre Knechte in den Tempel der Göttin Feroniæ freigegelassen worden, und daselbst den Huth bekommen. GIRALDVS *Syntagm. Deor.* p. 71. FABRETTVS *Inscript.* c. VI. p. 451. Sodann beruft sich auch GOTHOFREDVS auf SVIDAM voce Κράτης. Allein es hat der Herr OTTO *in præfat. ad T. II. Thes. iur. civ.* p. 4. & seqq. GOTHOFREDVM widerleget, und gewiesen, daß sich *Gothofredus* durch den Gebrauch des Worts ecclesia, worunter man eine Kirche verstanden, verführen lassen. Denn wenn *Constantinus* von der ecclesia catholica redet, so verstehet er darunter coetum piorum fidelium, gleich wie dieses Wort bei den Griechen und Lateinern coetum congregatum bedeutete. PLINIVS *lib. X. Epist. ep.* 84. Es mag auch GOTHOFREDO nicht zu statten kommen, daß in CAII *Institutionibus lib. I. Tit. I. §. 1.* dieses ritus manumittendi gedacht wird, denn dieses kommt nicht von dem alten Juristen *Caio* her, sondern ist von dem West-Gothischen Cantzler *Aniano* eingeschaltet worden, welchen hernach auch der Keiser IVSTINIANVS *in Institut. h. t. §. 1.* gefolget ist. Siehe GVIL. FORNERIVM *lib. I. Select. c. 4. 5.* CONTIVM *lib. II. Subs. lect. c. 9.* Dieses mag genug seyn von der manumissione per censum lustralem und in Sacro sanctis Ecclesiis. Manumissio per testamentum kam ex LL. XII. *Tabularum* her, wenn einem die Freiheit verbis directis gegeben ward, z. E. Pamphilus servus meus liber esto. Dergleichen Freigelassene wurden liberti orcini, oder charonitæ genennet, quasi, qui nullum patronum, nisi in orco haberent. CVIACIVS *lib. III. Observat. c. 23.* Es konte aber auch einer verbis præcativis die Freiheit erhalten, z. E. Rogo hæredem meum, ut Stichum manumittat, und da behielt der heres fiduciarius die iura patronatus. War aber einem die Freiheit entweder in certum diem, oder sub conditione gegeben worden: so hieß er statu liber, und bekam nicht eher die völlige Freiheit, nisi veniente die vel existente conditione. L. 1. D. *de statu liber.* FESTVS voce *Statu liber.*

Es geſchahe aber auch die manumiſſio per vindictam, von welchen ritu unten ſoll gehandelt werden.

§. §. 96. Modi manumittendi ſolemnes wurden mit gewiſſen Ceremonien verrichtet; wenn aber die Knechte ohne Ceremonien freigelaſſen wurden, und die Herren ihren Willen ohne Solännitäten zu erkennen gaben: ſo hieß dieſes manumiſſio minus ſolemnis. Solches geſchahe 1) per epiſtolam, 2) inter amicos, 3) per convivium und 4) per nominationem filii. Ja es war eine iede Vermuthung hinlänglich einem die Freiheit zuwege zu bringen, z. E. ſi dominus ſtolam dederit ancillæ. CVIACIVS *in Paratitlis Cod. de Latin. lib.* Dieſes war ſo viel, wenn der Herr ſeiner Magd matronalem habitum anlegen laſſen. Ein merckwürdiges Exempel erzehlet uns SVETONIVS *de claris Rhetoribus* c. 1. da die Schifleute, welche Knechte zum Verkauf gebracht, unter andern einen Knaben mit einer Bulle gezieret hatten, damit er von den Zöllnern möchte pro ingenuo gehalten werden. Dieſer Knabe wurde frei erkläret, weil er mit Bewilligung ſeiner Herren das Zeichen der Freiheit geführet hatte. Es unterſcheiden ſich aber die modi manumittendi minus ſolemnes von den ſolemnibus in effectu. Denn wenn einer ſolemniter war manumittirt worden, ſo bekam er nicht allein die volle Freiheit, ſondern erhielte auch das Römiſche Bürgerrecht: dagegen diejenigen, welche ohne Solennitäten freigelaſſen worden, ihre Freiheit zwar erhielten, ſie wurden aber keine Römiſchen Bürger, und hatten einen gar ſchlechten Stand.

§. 97. In dieſem Spho ſoll von den modis manumittendi ſolemnibus beſonders gehandelt werden. Der erſte modus manumittendi ſolemnis war der Cenſus. Wir verſtehen durch cenſum denjenigen ritum, da alle fünf Jahr die Römiſchen Bürger nebſt ihren Kindern, Alter, Geſchlecht, Würde, Geld und Gut von den Cenſoribus in gewiſſe Zins-Tafeln eingetragen wurden. Der Urheber von dieſer Weiſe war der Römiſche König, *Servius Tullius*, welcher das Römiſche Volck in gewiſſe Claſſen und Centurien getheilet, und verordnet hatte, daß aller fünf Jahr der cenſus ſolte gehalten werden. FLORVS *lib. I. c. 6.* ertheilet uns davon dieſen Unterricht: *Ab hoc populus Romanus relatus in cenſum, digeſtus in claſſes, curiis atque collegiis diſtributus, ut omnia patrimonii, dignitatis, ætatis, artium, officiumque diſcrimina in tabulas referrentur, ac ſi maxima civitas minima domus diligentia contineretur.* Es war dieſes ein herrliches inſtitutum, da man gleich wiſſen konte, wie viel Mannſchaft vorhanden war, und wie viel Geld man bei erheiſchender Noth etwa haben könte. Nun durften in dieſe Zins-Tafeln niemand anders als Römiſche Bürger eingetragen werden; daher, wenn der Herr den Knecht befahl, zu den Cenſoribus zu gehen, und ſich einſchreiben

ben zu laſſen: ſo ward derſelbe nicht allein frei, ſondern ward auch zugleich ein Römiſcher Bürger. VLPIANVS *in Fragm. I.* 8. Aber nach und nach ward dieſes etwas reſtringiret, wie aus CICERONE *pro Archia IV.* zu erſehen iſt. Doch iſt hierbei zu mercken, daß der Knecht, wenn er in die Zinß-Tafel eingetragen worden, nicht ſogleich die volle Freiheit erhalten, weil dieſes erſt poſt luſtrum conditum geſchahe, da inzwiſchen der Herr ſeinen Willen wieder ändern konte, wie dieſes LVDOVICVS CHARONDAS *in adnotat. ad* VLPIANI Fragmenta p. 564. edit. SCHVLTINGII gezeiget hat. Der andere modus manumittendi ſolemnis geſchahe in Sacro Sanctis Eccleſiis, welchen der Keiſer *Conſtantinus M.* an ſtatt des Cenſus eingeführet hat, wovon der L. 1. & 2. *Cod. de his qui in eccleſia manumittuntur* nachzuleſen iſt. Dieſer wurde auf folgende Art verrichtet: 1) führte der Herr den Knecht in die Kirche, und erklärte ſich in Gegenwart der Geiſtlichkeit, daß er dieſen Menſchen frei laſſen wolte; 2) ward ihm ein Laß- oder Frei-Brief zugeſtellet, welchen der Herr unterſchrieben hatte; 3) wurden die Thüren der Kirche eröfnet, und dem Knechte erlaubet, zu gehen, wo er hin wolte, wobei die Worte geſprochen wurden; *Vade, quo vis.* Dieſe Weiſe haben ſich hernach auch die Teutſchen Völcker gefallen laſſen, wie aus MARCVLPHI *Adpend. Formul.* c. 56. SIRMONDI *Formul.* c. 12. GVIL. FORNERII *lib. I. Select.* c. 4. zu erſehen iſt. In *Lege Longobardor. lib. II. Tit. XVIII.* §. 3. wird dieſer ritus manumiſſio circa altare genennet, und weil die Freigelaſſenen ihre Frei-Briefe erhielten, ſo hieſſen dieſelben tabularii, S. LINDENBROGII *Gloſſarium* voce *Tabularius.* Weil dieſe Art zu manumittiren von den meiſten Teutſchen Völckern war angenommen worden: ſo wird dieſelbe manumiſſio ſecundum legem Romanam genennet. Da bei der manumiſſione in ſacro Sanctis Eccleſiis die Thüren der Kirche aufgemacht wurden, und man dabei zu ſagen pflegte: *iam patentes ſunt portæ*, ſo iſt daher das Wort Paſſeport, und das bekannte Teutſche Sprüchwort entſtanden: Hier ſind vier Thüren, du kanſt hingehen, wohin du wilt, d. i. du haſt deine vollkommene Freiheit. Dieſe libertini in S. S. Eccleſis manumiſſi erhielten ihre völlige Freiheit, und wurden als ingenui angeſehen, konten auch allein die ordines eccleſiaſticos erhalten: und dieſes ſind eben diejenige, von welchen das decretum ſynodale bei REGINON. *de diſcipl. eccleſ. lib. I.* redet, *ubi iſti demum libertini clerici fieri dicuntur, in quibus ſibi nullum obſequium patronus retinuerit.* Es iſt aber dieſe manumiſſio nach der Zeit gantz und gar abgekommen, ſo daß ſich heut zu Tage dergleichen Exempel nicht mehr finden.

§. 99. In dieſem Spho wird de manumiſſione per teſtamentum gehandelt. Wir haben zwar ſchon oben (§. 95.) davon etwas gemeldet; wir wollen aber hier noch etwas davon beibringen. Dieſe Art zu manumittiren

flieſſet aus unſern oben (§. 94.) feſtgeſetzten principio. Denn da ein Knecht nicht anders als eine andere Sache anzuſehen war; ſo konte der Herr de ſervo, tamquam de re ſua mortis cauſſa diſponiren. Es geſchiehet aber die manumiſſio im Teſtament vel directe, vel indirecte (oblique). Directe geſchiehet ſie, wenn der teſtator verba imperativa brauchte, z. E. Stichus liber eſto: indirecte oder oblique, wenn der Teſtator verba precativa adhibirte, z. E. Rogo heredem, ut Davum manumittat. Ferner geſchahe die manumiſſio directe, entweder ausdrücklich oder ſtillſchweigend; ausdrücklich, wenn der Teſtator ſolches mit dürren Worten anzeigte, z. E. Stichus liber eſto: ſtillſchweigend aber, wenn der Wille des teſtatoris aus gewiſſen Zeichen geſchloſſen wurde, z. E. Davus ſervus meus tutor liberorum meorum eſto. Daraus legte ſich zu Tage, daß, obgleich der teſtator der Freiheit des Knechts mit keinem Wort Erwehnung gethan, derſelbe doch im Sinn gehabt, ihm ſolche zu zuſtehen, weil er gewolt, daß Davus ſeiner Kinder Vormund ſeyn ſoll. Denn die tutela war ein munus publicum, zu dieſem aber ward kein Knecht gelaſſen: und wenn alſo ein Knecht zum Vormund war beſtellet worden, ſo glaubte man, daß er ſtillſchweigend ſeine Freiheit erhalten hätte, wovon der Keiſer IVSTINIANVS in §. 1. *Inſt. qui teſtam. tut. dar. poſſ.* ſagt: *Sed & ſervus proprius teſtamento cum libertate recte tutor dari poteſt. Sed ſciendum eſt, eum & ſine libertate tutorem datum, tacite libertatem directam accepiſſe videri, & per hoc recte tutorem eſſe.* Dieſe Sache war ehemals zweifelhaftig, allein man hat es endlich zugelaſſen propter duplicem favorem, ſcilicet libertatis & pupilli; allein es entſtund darüber eine neue Frage: ob der Knecht libertatem directam oder fideicommiſſariam erhielte? wovon CVIACIVS *lib. XVIII. Obſervat.* c. 5. handelt. Wiewohl es iſt leichtlich hierauf zu antworten. Denn wenn ein Knecht verbis directis zum Vormund geſetzet ward: ſo erhielt er libertatem directam, L. 32. §. 2. D. *de teſtam. tut.* war er aber verbis precativis zum Vormund verordnet, ſo war factum heredis nöthig. Da nun der pupillus heres ſine tutoris auctoritate nicht manumittiren konte, und demſelben, da er ſchon einen Vormund hatte, kein anderer konte gegeben werden: ſo erhielt der Knecht nach dem Senatusconſulto Daſumiano die Freiheit, ac ſi ex cauſſa fideicommiſſi manumiſſus eſſet, L. 36. L. 51. § 4. D. *de fideicomm. libert.* S. MERILLII *Obſervat. lib. VI.* c. 24.

§. 100. Hier kommen wir auf den dritten modum manumittendi ſolemnem per vindictam. Der Nahme Vindicta kam her a virga lictoris, welche der lictor einem Knechte, welcher freigelaſſen werden ſolte, auf den Kopf legte, und ihn auf des Prætoris oder Conſulis Befehl von ſeiner Knechtſchaft oſſprach. Der Herr gieng mit ſeinem Knechte zum Prætore, daſelbſt drehete

er

er ihm erſt einmal herum, anzuzeigen, daß er nun hingehen dürfte, wo er wolte: im währenden Drehen gab er ihm eine Ohrſeige, ſodann ließ er ihn aus ſeiner Hand, und ſagte: hunc hominem liberum eſſe volo. Endlich trat der lictor hinzu, und ſchlug ihm etliche mal mit einem Stecken, und daher kommt die Redenſart, *vindicare in libertatem.* CLAVDIANVS *Conſul. IV. Honor. verſ.* 613. ſinget davon:

Adſpice, mox lætum ſonuit clamore tribunal
De faſtos ineunte quater ſolemnia ludit
Omina libertas, deductum Vindice morem
Lex celebrat, famuluſque, iugo laxatus herili,
Ducitur, & grato remeat ſecurior ictu.

S. BARTHII *adnot.* p. 706. Dieſe Weiſe hat ihren Urſprung hergenommen von *Vindicio*, welcher ein Knecht der *Vitelliorum* geweſen. Denn als derſelbe die Conſpiration der Söhne des *Bruti* dem Römiſchen Rath entdecket hatte: ſo ward ihm die Freiheit und das Römiſche Bürgerrecht zum Lohn gegeben. LIVIVS *lib. II.* c. 5. Es konte aber dieſe manumiſſio ſowohl bei dem Prætore, als auch Conſule und Proconſule geſchehen. Im übrigen iſt hierbei zu mercken, daß dieſer ritus ein actus legitimus war, und dahero verbis ſolemnibus geſchehen muſte: aber man iſt hernach davon abgegangen, und es konten die Knechte manumittirt werden, wenn der Prætor oder Proconſul in das Bad oder zum Schauſpiel gieng. L. 7. D. *de manumiſſ. Vindict.* Endlich iſt dieſe Weiſe unter *Conſtantino M.* gantz und gar abgekommen. Denn wenn einer getauft wurde, ſo hielte man dafür, daß er auch zugleich die Freiheit erhalten hätte. MERILLIVS *lib. III. Obſervat.* c. 3. Wir haben hierbei noch zu mercken, daß der ritus manumiſſionis per vindictam ehemals bei den Edelleuten üblich war. Denn ſo lange als dieſelben bei Hofe Dienſte leiſteten, hieſſen ſie ſervi nobiles: hatten ſie aber ihre Zeit gedienet, ſo bekamen ſie den Degen, und wurden gleichſam manumittirt. Denn es wurde einer vor keinen rechten Ritter gehalten, wenn ihm nicht der Degen mit gewiſſen Ceremonien angethan ward. ANTONIVS MATTHÆI *de nobilitate lib. IV.* c. 8. & 18. Und davon kömmt auch das Wehrhaftmachen der Pagen her. Bei einigen Ritter Orden bekommen heut zu Tage die Ritter einen Schlag mit dem Degen, wobei die Worte geſprochen werden: Beſſer Ritter als Knecht; oder, wie es bei den Teutſchen Orden heiſſet: Zu GOttes und Marien Ehr vertrage dieſen und keinen mehr.

§. 161.

§. 101. Dieſes waren die modi manumittendi ſolemnes: wir wollen nun aber auch ſehen, wie es mit den modis manumittendi minus ſolemnibus beſchaffen iſt. Zuerſt wird hier gehandelt de manumiſſione per epiſtolam. Dieſe erforderte keine Solennitäten noch Ceremonien, ſondern der Herr machte nur durch ſeine Handſchrift bekannt, daß er ſeinen Knecht frei gelaſſen hätte; daher konte auch ein ſolcher Knecht, wenn er gleich abweſend war, manumittirt werden. Z. E. wenn der Herr ſeinem Knechte, den er verſchickt hatte, in einem Briefe zuſchrieb, daß er frei ſeyn ſolte. Nachhero aber kam der Keiſer *Juſtinianus*, und ſetzte, daß bei dergleichen Art der manumiſſion fünf Zeugen gegenwärtig ſeyn ſolten. L. *un.* §. 1. *Cod. de lat. libert. toll.* Die Urſache, welche der Keiſer *Juſtinianus* gehabt, daß er dieſe Verordnung gemacht hat, mag dieſe geweſen ſeyn. Es gab bisweilen Herren, welche ihre Knechte durch eine Handſchrift frei lieſſen, nachgehends aber läugneten ſie, daß ſie dieſe Handſchriften geſchrieben hätten, ſondern vielmehr der Knecht, welcher ein ſervus fugitivus geweſen, ſelbige ſich hätte verfertigen laſſen. Dieſen Betrügereien entgegen zutreten glaubte der Keiſer *Juſtinianus*, daß kein beſſer Mittel wäre, als fünf Zeugen dazu zu ziehen, weil auf ſolche Art es niemand läugnen konte.

§. 102. Es war auch ein modus manumittendi minus ſolemnis, wenn ein Herr ſeinen Knecht in Gegenwart ſeiner guten Freunde frei ließ, und dabei fünf Zeugen brauchte, welches der Keiſer *Juſtinianus* in L. *un.* §. 2. *Cod. lat. libert. toll*, ad exemplum ultimarum voluntatum eingeführet hat. Denn da es einerlei war, ob der teſtator ein Teſtament vor ſieben Zeugen machte, und ſeinen letzten Willen entweder ſchriftlich oder mündlich zu verſtehen gab: alſo war es auch einerlei, ob ein Herr ſeinen Knecht per epiſtolam a quinque teſtibus ſubſcriptam; oder ohne Handſchrift in Gegenwart fünf Zeugen frei ließ.

§. 103. Man hat aber noch einen ritum manumittendi minus ſolemnem, nemlich per convivium, d. i. wenn ſich der Knecht mit dem Herrn zu Tiſche ſetzen muſte. Die Urſache iſt darin zu ſuchen, weil aus gewiſſen Zeichen zu ſchlieſſen war, daß die Freilaſſung ſtillſchweigend geſchehen (§. 99.) Nun aber glaubte man davon ein gewiſſes Zeichen zu haben, daß der Herr ſeinen Knecht frei laſſen wollen, wenn er ihn zu ſeinem Tiſche gezogen. Denn bei den Römern wurde es ſonſt für ſchimpflich gehalten, daß die Knechte mit dem Herrn ſpeiſen ſolten, ſondern ſie muſten weit davon ihre Mahlzeit halten, damit ſie gleich bei der Hand ſeyn möchten, wenn etwa der Herr was haben wolte. Daher ſaget jener Tellerlecker bei PLAVTO *in Sticho. Act. III. Scen. IV. verſ.* 32.

Haut

Haut poſtulo equidem, me in lecto accumbere
Scis tu, me eſſe imi ſubſellii virum.

Und eben daſelbſt *Act. V. Scen. IV. v.* 21. ſagen die beeden Knechte:

- - - Potius in ſubſellio
Cynice accipiemur, quam in lectis.

Wenn nun der Herr einem Knechte befahl, daß er mit ihm ſpeiſen ſolte: ſo wurde vermuthet, daß er ihm hatte die Freiheit geben wollen. L. 38. D. *de adquir. poſſeſſ.* PLINIVS *lib. VII. ep.* 16. Es hat dieſe Weiſe GVILIELMVS FORNERIVS *lib. III. Select.* c. 13. aus einer Stelle des Kirchen-Vaters TERTVLLIANI *de reſurrectione carnis cap.* 57. ſchön erwieſen. Es hat aber der Keiſer IVSTINIANVS in L. *un. Cod. de lat. libert. toll.* auch hierin eine Aenderung getroffen, und geſetzet, daß forthin dazu fünf Zeugen ſollen erfordert werden, wenn dergleichen Freilaſſung gültig ſeyn ſolte.

§. 104. Aus gleicher Urſache wurde ein Knecht für einen Freigelaſſenen gehalten, welchen der Herr gerichtlich ſeinen Sohn genennet hatte §. 12. *Inſt. de Adoptionibus.* Denn weil es öfters geſchahe, daß die Römer einige Leute aus Schmeichelei ihre Söhne nenneten, faſt auf eben die Weiſe, wie es bei uns Teutſchen zu geſchehen pfleget: ſo ward einer dadurch eben nicht gleich adoptirt, ſondern ſolches geſchahe deswegen, damit man jemand ſeine Liebe zu verſtehen geben möchte. Daß aber per nominationem filii nicht einer gleich adoptiret ward, war dieſe Urſache, weil bei der adoption mehrere Solennitäten erfordert wurden: aber doch ſchloß man ex adpellatione filii, daß ein Herr dem Knechte dadurch die Freiheit hätte geben wollen.

§. 105. Da wir bishero von den modis manumittendi umſtändlich gehandelt haben: ſo müſſen wir nun auch ſehen, was die manumiſſio vor Wirckung gehabt, und wie der Zuſtand der Freigelaſſenen nach der manumiſſion beſchaffen geweſen ſey? Es wird alſo zu erſt von dem alten Recht (§. 105.) hernach von dem neuen (§. 106 109.) und drittens von dem allerneueſten (§. 110.) zu reden ſeyn. Was 1) das ius antiquum anbetrift, ſo wurden alle Freigelaſſene Römiſche Bürger, und hatten ſich aller Rechte, die den Römiſchen Bürgern zuſtunden, zu erfreuen: welches von dem Römiſchen Könige *Servio Tullio* herkam, wie DIONYSIVS HALICARNASSEVS *lib. IV.* c. 28. berichtet. Daher ſchreibt CICERO *pro Corn. Balbo.* c. 24. *Servos denique, quorum vis & fortunæ conditio infima eſt, bene de republica meritos, perſæpe libertate, id eſt, civitate publice donatos videbamus.* Weil aber dadurch eine groſſe Menge libertini wurden, welche alle Römiſche Bürger waren, und dieſe öfters die gröſten Boßheiten begingen, ſo dachte man darauf, dieſe Freiheit ein wenig einzuziehen. Es hatten aber zu der Menge der Freigelaſſenen nicht allein

Privat-Leute Gelegenheit gegeben, welche die Knechte manchmal wegen ſchändlicher Urſachen manumittirten: ſondern auch vornemlich *L. Cornelius Sulla*, der die Knechte dererjenigen, die in Kriege geblieben waren, manumittirte, welche daher *Cornelii* hieſſen. Und daher kam *Auguſto* im Sinn, hierin eine Aenderung vorzunehmen. SVETONIVS *in Auguſto* c. 40. und DIO CASSIVS *in Hiſt. Impp. lib. LXV.* p. 556 berichten, daß der *Lex Aelia Sentia* von *S. Aelio Cato* und *C. Sentio Saturnino Coſſ.* A. V. C. 755. gegeben worden, und habe enthalten, daß wenn ein Knecht mit einer Strafe beleget worden, welche infam machte, und er hernach frei würde, er kein Römiſcher Bürger ſeyn, ſondern die iura dedititiorum haben ſolte.

§. 106. Wir haben geſagt, daß in dem Lege Aelia Sentia verordnet worden, daß die Knechte, welche wegen eines Verbrechens geſtraft worden, keine Römiſche Bürger ſeyn ſolten, wenn ſie frei gelaſſen würden. DIONYSIVS HALICARNASS. Hat uns die Veranlaſſung zu dieſen Geſätz gar ſchön gezeiget, *lib. IV.* p. 122. Ehemals wurde von den Knechten niemand frei gelaſſen, als welche redlich gedienet und ſich beſonders verdient gemacht hatten: nachgehends aber waren unterſchiedene Herren, deren Knechte geraubet, geſtohlen, und andere Verbrechen begangen hatten, mit welchen ſie Partei machten, und ſie hernach in præmium ſcelerum manumittirten. Dadurch wurde nun der Römiſche Staat mit vielen Böſewichtern als mit einer Seuche angefüllet. Solches zu verwehren ließ *Auguſtus* den Legem Aeliam Sentiam verfertigen, in welchen geſetzt ward, *ut ſervi ſceleris aut noxæ cauſſa publice caſi, vincti, torti aut ſtigmate uſti non fierent cives impetrata a dominis libertate, ſed ſequerentur conditionem dedititiorum.* Was dieſe Strafen anbelanget: ſo machten dieſelben infam. Denn man pflegte die Knechte gar öfters zu geiſeln, und ſie dem Herrn wieder zu zuſtellen, L. *ult.* D. *de injuriis*, L. 10. pr. D. *de pœnis*. Oefters wurden ſie auch dem Herrn wieder übergeben, daß er dieſelben mit Ketten ſchlieſſen laſſen ſolte. Wenn die Knechte davon liefen, und wieder gefangen wurden: ſo wurden ſie an der Stirn gebrandmarkt, mehrentheils mit den Buchſtaben F. H. E. L. T. d. i. *Fugitivus Hic Eſt L. Titii.* Siehe OISELIVM *ad* CAJI *Inſtitut.* p. 16. ſeqq. RADVLPHVM FORNERIVM *lib. VI. Rerum Quotid.* c. 26. Dergleichen ſtigmata hat nachgehends *Conſtantinus* M. in L. 17. *Cod. de pœnis* verboten, weil der Menſch nach dem Ebenbilde GOtt geſchaffen worden, und man alſo deſſen Geſicht nicht verunehren ſolte. Daher denn ſeit dieſer Zeit die Halsbänder aufgekommen, welche man den ſervis fugitivis um den Hals legte, und obgedachte Buchſtaben darauf ſetzte, wovon nachzuleſen IACOBVS SPONIVS *in miſcellis erudite antiquitatis* p. 300. & ſeqq. Da wir aber gehöret haben, daß die Servi manumiſſi nur die Iura dedititiorum bekommen ſollen: ſo wird gefragt, welche man dedititios genennet

net hat? Dediticii hießen diejenigen Völcker, welche von den Römiſchen Volck waren bezwungen, unter das Joch gebracht worden, und ſich den Römern ergeben haten. LIVIVS *lib. I.* c. 37. DIONYSIVS HALICARNASSEVS *lib. III. Antiquitat. Rom.* p. 159. Und dieſes hatte dieſe Würckung, daß dergleichen Volck zwar die iura ingenuitatis behielte, aber nicht zu den Vortheilen der Römiſchen Bürger gelangen konte. SIGONIVS *de antiquo iure Italiæ lib. I.* c. 1. p. 47. SCHWARTZ diſſ. *de iure Italico.*

§. 107. Die latinos libertos hat der Keiſer *Tiberius* eingeführet, unter deſſen Regierung in dem Burgemeiſter-Amt M. *Iunii Silani* & L. *Norbani Balbi* der *Lex Iunia Norbana* A. V. C. 771. gegeben worden. In demſelben war geſetzet, daß diejenigen, welche nicht ſolemniter wären manumittirt worden, z. E. durch einen Brief, oder unter guten Freunden, nicht das Römiſche Bürgerrecht bekommen, ſondern die Rechte der Lateiner erhalten ſolten. Und daher fehlet es nicht an Exempeln, daß manumiſſiones per epiſtolam, oder inter amicos geſchehen ſind, welche hernach per vindictam müſſen beſtätiget werden, wovon in PLINII Briefen *lib. VII. ep.* 16. gehandelt worden. Die Lateiner waren Völcker, welche im Latio wohnten, und hatten dieſelben zwar ihre Freiheit ſo lange als ſie lebten, wenn ſie aber ſturben, ſo wurden ſie als Knechte betrachtet. L. *un. Cod. de lat. lib. toll.* Sie hatten einige Rechte, welche ſonſt den Römiſchen Bürgern zuſtunden, als z. E. Commercia, mancipationes &c. Jedoch konten ſie keine Teſtamenta machen, konten auch nichts aus einem Teſtament bekommen, wenn ſie nicht binnen hundert Tagen a cretione das Römiſche Bürgerrecht erhielten. Dieſer Latinorum Rechte erhielten die Freigelaſſenen, welche nicht ſolemniter waren manumittirt worden, und wurden Latini Iuniani genennet.

§. 108. und 109. Wir erlernen aus dem vorher angeführten, daß ſeit dieſer Zeit dreierlei Libertini geweſen: einige wurden Römiſche Bürger, andere *Latini Iuniani*, und wieder andere *Dediticii*. Wenn einer ſolte ein Römiſcher Bürger werden: ſo mußte er per manumiſſionem ſolemnem ſeyn manumittirt worden. Daher alle diejenigen Knechte, welche ihre Freiheit per cenſum, in Sacro Sanctis Eccleſiis, per teſtamentum und per vindictam erhalten hatten, zum Genuß des Römiſchen Bürgerrechts gelangeten. Sodann wurden diejenigen, welche minus ſolemniter, d. i. per epiſtolam, inter amicos, in convivio, per nominationem filii manumittirt worden waren, Latini Iuniani. Waren aber welche freigelaſſen worden, die man ehemals mit einer infamen Strafe beleget hatte: ſo wurden dieſelben dediticii. CVIACIVS *lib. IV. Obſervat.* c. 5. Dieſer Leute ihr ſtatus war gar ſehr von einander unterſchieden. Die Römiſchen Bürger hatten die iura communia, z. E. die iura connubiorum, denn ſie konnten Weiber nehmen, die erzeugten Kin-

der in der väterlichen Gewalt haben; sie konnten prædia und andere Sachen mehr kaufen und verkaufen, Testamenta machen, und bei andern Testamentis Zeugen abgeben. Hingegen die Latini hatten zwar das ius contractuum, nicht aber testamenti factionem, auch nicht das ius connubii, wenn es ihnen nicht besonders war zugestanden worden. Die Dedititii waren vollends in einem recht schlechten Zustand: denn sie hatten sich keiner der angeführten Rechte zuerfreuen, hatten auch keine Hofnung dermaleinst dazu zugelangen. Daher sie von den Knechten nur in so weit unterschieden waren, daß sie keine Herren hatten.

§. 110. Jetzo ist nichts mehr übrig, als daß wir nun auch das ius novissimum betrachten. Da hat nun der Keiser *Iustinianus* die alte Weise wieder in Gang gebracht, und gesetzet, daß alle Freigelassene Römische Bürger werden sollen. §. *ult. Inst. h. t.* L. *un. Cod. de dedit. lib. toll.* L. 1. *Cod. de lat. lib. toll.* Dieses hat der Keiser *Iustinianus* nach dem Beispiel *Antonini Caracallæ* gethan, welcher allen ingenuis, in orbe Romano viventibus, das Römische Bürgerrecht zugestanden hatte L. 17. D. *de statu hominum.* Weil aber diese Wohlthat nur den ingenuis, nicht aber libertinis zu statten kam, wie SPANHEMIVS *in Orbe Romano, exerc. II.* §. 5. und SCHVLTING *ad* CAJI *Institut.* p. 13. angemercket haben: so hat der Keiser *Iustinianus* diese Wohlthat auf die libertinos gezogen, und den oben gedachten Unterschied gantz und gar aufgehoben. Ja er ging endlich so weit, daß er auch so gar den Unterschied inter ingenuos & libertinos abschaffte, salvo tamen iure patronatus. *Nov.* 78. c. 1. *Iustiniani* Ehrenschänder PROCOPIVS sagt, daß der Keiser *Iustinianus* sich dadurch bei dem gemeinen Volck beliebt machen wollen, weil ihm viele vornehme Herren wegen seiner geringen Geburt aufsätzig gewesen: welches wir dahin gestellet seyn lassen. Der Keiser *Iustinianus* aber that noch mehr, und stunde den Freigelassenen das ius aureorum annulorum zu, welches ehemals nur für die Römischen Ritter gehörte. Denn es ist bekannt, daß *Hannibal* nach der Schlacht bei Cannas den erschlagenen Römern ihre Ringe abnehmen lassen, und etliche Scheffel derselben nach Carthago geschickt, damit er dadurch zeigen möchte, was vor eine grosse Menge Römische Ritter in diesen Treffen umgekommen wären. LIVIVS *lib. XXIII.* c. 11. FLORVS *lib. II.* c. 6. VALERIVS MAXIMVS *lib. VII.* c. 2. n. 13. Zu der Keiser Zeiten wurde das ius aureorum annulorum von den Keisern erhalten, wie dieses aus einigen Stellen bei SVETONIO *in Cæsare* c. 37. & 39. *in Vitellio* c. 12. TACITO *lib. I. Histor.* c. 13. und *lib. II.* c. 57. zu ersehen ist. Wer eine mehrere Nachricht davon verlanget, der beliebe IOANNIS KIRCHMANNI Büchelgen *de Annulis* c. 15. und 16. des Herrn THOMASII diss. *de usupract. dist. in ingen. & libert.* c. 1. p. 14. seqq. und BVRMANNI diss. *de iure aureorum annulorum* nachzulesen.

§. 111.

§. 111. Weil ehemals zwiſchen einem patrono und liberto eine ſolche Verbindung war, daß der libertus ſeinem patrono zu gewiſſen Pflichten verbunden war; der Keiſer *Iuſtinianus* aber dieſelben nicht aufgehoben, ſondern vielmehr beſtättiget hat: ſo wird hierbei gefragt, worin der Grund dieſer Patronat-Rechte zu ſuchen, und dann, worin dieſe Patronat Rechte beſtehen? Von den erſten ſoll in dieſem §pho, von dem andern aber unten (§. 112.) gehandelt werden. Der Grund aller Patronat-Rechte iſt eine ficta agnatio. Denn die Römer fingirten, daß die Freigelaſſenen agnaten ihrer Patrons, ja gleichſam ihre Söhne wären, weil ſie denſelben um ihr Leben verpflichtet wären, da ſie währender Knechtſchafft nur res geweſen, durch die Freilaſſung aber in die Zahl der Perſonen verſetzet worden. Daher waren die Patroni ihren Freigelaſſenen an Eltern ſtatt, und daher kam es auch, daß die liberti die Namen und Vornamen ihres Patrons ſich beilegten, als wenn ſie Kinder geweſen wären. Wir haben ein Exempel an *Ciceronis* Knecht, welcher vorher *Tiro* hieß, nachdem ihn aber *Cicero* freigelaſſen hatte, nennte er ſich M. *Tullius Tiro.* Andere Exempel können nachgeleſen werden in L. 94. D. *Legat.* 3. L. 8. §. 6. D. *de legat.* 2. L. 108. D. *de condit. & demonſtr.* Aus welchen Geſätzen auch erhellet, daß die Patroni ihren Freigelaſſenen öfters legata mit der Bedingung vermachet, damit ſie nicht von dem Nahmen ihres Patroni abgehen möchten; ja man hielt über dieſe Pflichten dergeſtalt, daß die Freigelaſſenen ihren Patron, wenn er arm wurde, ernehren muſten: dahingegen der Patron ſeine Rechte verlohr, wenn er ſich um ſeinen krancken Freigelaſſenen nicht bekümmert, auch keine Lebensmittel gereichet hatte.

§. 112. Aus dieſen (§. 111.) angegebenen Grunde flieſſen nun alle Patronat-Rechte. Denn da ein Freigelaſſener gleichſam für einen Sohn ſeines Patrons gehalten wurde: ſo war ein Freigelaſſener ſchuldig, 1) den Patron gehorſam zu leiſten und Ehrerbietung zu erweiſen. Gleichwie es nun nicht anging, daß ein Sohn ſeinen Vater verklagen konnte, wenn ihm nicht der Prætor dazu Erlaubniß ertheilte: alſo muſte dieſes auch von dem liberto gleichermaſſen beobachtet werden. 2) War ein libertus ſchuldig operas zu præſtiren. Operæ aber ſind vel officiales, vel fabriles. Officiales beſtunden darin, daß der libertus ſeinen Patron Ehrenthalben begleitete, und bei Schmauſereien und andern Solennitäten ihm Dienſte leiſtete. Fabriles waren, wenn ein libertus ein Handwercksmann war, z. E. ein Schneider oder Schuſter, ſo muſte er dem Patrono Kleider und Schuhe verfertigen. Officiales operæ muſten allezeit geleiſtet werden, obgleich der libertus ſolche nicht verſprochen hatte L. 9. §. 1. D. *de oper. libert.* Fabriles aber konten von dem Patrono nicht anders gefordert werden, als wenn ſich der libertus vermittelſt Eides dazu verbunden hatte L. 6, D. *eadem.* 3) War der Patron des liberti, welcher

cher ohne Kinder gestorben war, Erbe ab intestato, als der nächste Agnat. *pr. Inst. de Succeſſ. libert.* welches ex LL. XII. *Tabularum* herkam, allwo gesetzt war, *ſi libertus inteſtato moritur, cui ſuus heres nec eſcit, aſt patronus patronive liberi eſcint, ex ea familia in eam familiam proximo pecunia duitor.* Siehe IACOBVM GOTHOFREDVM *ad* LL. XII. *Tabb. Tab. V.* 4) Wenn ein libertus verstarb, und hatte keine Kinder, hatte aber doch ein Testament gemacht: so muste er dem Patrono den dritten Theil seiner Güter verlassen, und wenn dieses nicht geschehen war, so wurde dem Patrono die bonorum poſſeſſio contra tabulas gegeben. 5) Fielen diese iura patronatus gäntzlich hinweg, quoad operas officiales, wenn der Patron capitis deminutionem, es möchte nun seyn maxima, media oder minima, gelitten hatte: quoad operas fabriles aber, wenn er maximam oder mediam capitis deminutionem erlitten hatte. §. 1. *Inſt. de adquiſit. per arrogat.*

§. 113. Es ist nun nichts mehr übrig, als daß wir noch sehen, ob alle diese Dinge noch heut zu Tage einen Nutzen haben? Hierbei ist folgendes zu mercken: 1) weil heut zu Tage bei uns in Teutschland noch Knechte, oder homines proprii vorhanden sind: so werden dieselben noch hin und wieder freigelassen, und diese werden hernach ruſtici liberi, oder Frei-Bauern genennet. 2) Geschehen heut zu Tage die manumiſſiones nicht mehr per teſtamentum, noch per vindictam, noch in Sacro Sanctis Eccleſiis, sondern allein durch einen Laß-Brief, wobei nicht einmal die Gegenwart einiger Zeugen erfordert wird. HERTIVS *de hominibus propriis. Sect. III. §. 11.* In diesen Laßbrief bekennet der Herr, daß er den Knecht erlassen mit dem Eigenthum, damit er ihm Rechts- und Gewohnheits wegen bißhero verbunden gewesen, also, und dergestalt; daß er hinführo nach freier Leute Art wohnen und hauſſen mögen in allen freien Städten, Flecken und Weichbilden. Diese Weise hat den Teutschen sonderlich beliebet, weil sie sich in dergleichen Laß-Briefen eine und die andere Dienstbarkeit vorbehalten konten, wie man davon ein Exempel findet bei POTGIESER *de ſtatu & conditione ſervorum in Germania lib. IV. c. VIII. §. 5.* p. 720. da ein Closter eine Weibs-Person freigelassen, und sich 9 denarios pro ceræ cenſu, zum Wachs-Zinß, 9 denarios pro maritagio, und das beste Kleid aus der Erbschaft vorbehalten hatte. 3) Sind auch unsere Freigelassene von den Knechten nicht groß unterschieden, und es heisset noch wie ehemals: liberti non multum ſupra ſervos ſunt. TACITVS *de mor. Germ.* c. 26. Denn sie müssen dem Herrn noch gewisse Verrichtungen leisten, und einen jährlichen Zinß zahlen. Darin aber ist ihr Zustand besser, daß sie nicht mehr glebæ adſcripti sind, und von dem Herrn nicht können vindiciret werden: dahero stehet ihnen auch frei, ihre Güter zu verkauffen, und sich in die Städ-

te

te zu begeben, worin ſie von den hominibus propriis mercklich unterſchieden ſind, als welche dieſes nicht thun können; nur müſſen ſie dem Herrn die Abzugs-Gelder oder Nachſteuer zahlen. S. THOMASII *diſſ. de Gabellis ſeu iure detractus.* Weil die Teutſchen bei der Freilaſſung ſich allerhand operas ſtipuliret haben, dieſelben aber patrimonialia, und von einander gar ſehr unterſchieden ſind: ſo haben dieſelben auch unterſchiedene Nahmen bekommen, z. E. Laßgüter, Schillingshauer, Meyer-Güter, Landſiedeleien, Schupflehen, Beutellehen, Kurmeden-Güter ꝛc. S. des Hrn von Ludewigs *Ius Clientelare.* Von dieſen Leuten kan nachgeleſen werden des Hrn Geh. Rath Böhmers diſſ. *de libertate imperfecta ruſticorum in Germania.* 4) Fallen alle iura patronatus gäntzlich hinweg. Es ſind hierbei für allen Dingen zu mercken POTGIESER *de ſtatu & conditione ſervorum in Germania*, HERTIVS diſſ. *de hominibus propriis*, THOMASIVS *de hominibus propriis.*

Tit. VI.

Qui & quibus ex cauſſis manumittere non poſſunt.

§. 114.

Wir haben öfters geſagt, daß bei den Römern die Knechte pro rebus gehalten worden; weil dahero ein ieder ſeine Sachen derelinquiren, oder ſeines Rechts, daß er daran hatte, ſich begeben konte: ſo folgete daraus, daß er auch ſeine Knechte frei und ungehindert manumittiren konte. Weil aber, wie wir oben (§. 106.) angemercket haben, die Herren die leichtfertigſten Buben unter ihren Knechten manumittirten, wodurch der Staat mit böſen Geſindel angefüllet wurde: ſo ließ *Auguſtus* den *Legem Æliam Sentiam*, und den *Legem Fuſiam Caninium* geben, worin die Freiheit zu manumittiren einigermaſſen reſtringiret ward. Von dem erſten ſoll in gegenwärtigen Titel, von dem andern in folgendem gehandelt werden.

§. 115. Wir haben ſchon oben (§. 106.) gehöret, daß der *Lex Ælia Sentia* A. V. C. 756. gegeben worden. Es geſchahe dieſes zu eben der Zeit, da S. *Ælius Catus* und C. *Sentius Saturninus* Burgemeiſter waren, wie uns dieſes DIO CASSIVS *in Hiſt. Imp. lib. LV.* p. 557. und VELLEIVS PATERCVLVS *lib. II.* c. 103. berichten. Es irret alſo MYNSINGER *ad §. 1. Inſt. h. t.* da er in dem

dem Wahn ſtehet, als ob dieſes Geſätzes ſchon in CICERONIS *Topicis* cap. 2. Meldung gethan würde; allein es hat der grundgelehrte Cardinal HENRICVS NORISIVS *in Cenotaphio Piſano diſſ. III. c. 9.* wohl angemercket, daß an dem angeführten Orte nur das Wort *Ælia* ſtehen müſſe, das andere aber, nemlich *Sentia*, ſey von einem unerfahrnen Schreiber darzu geſetzet worden: wobei er denn zugleich muthmaſſet, daß darunter das *Ius Ælianum* verſtanden werde. Es iſt hier auch der Irrthum ALCIATI *ad L. 70. D. de Verb. Signif.* zu mercken, da er glaubt, es habe einer, Namens *Ælius Sentius*, ein Geſätz gegeben, welches von deſſen Namen *Lex Ælia Sentia* genennet worden. Es kommen hier zwar nur zwei Capita Legis *Ælia Sentia* vor: man muß aber nicht glauben, als ob auſſer dieſen derſelbe keine capita mehr gehabt. Denn es hat ſchon AVGVSTINVS *de nominibus propriis Pandectarum* p. 300. eingeſehen, daß dieſer lex ſechs Capita gehabt; und obgleich der groſſe CVIACIVS *lib. XV. Obſervat.* c. 13. erinnert hat, daß man nicht eigentlich wiſſen könte, was in dem lege enthalten geweſen, und welcher Zuſatz demſelben durch die Senatusconſulta gegeben worden: ſo haben wir doch in unſern *Antiquitatibus Romanis lib. I. Tit. VI. §. 3. & ſeqq.* ſonnenklar gewieſen, daß dieſer *Lex Ælia Sentia* gar viele und beſondere capita enthalten habe. Wir haben zwar oben ſchon (§. 106.) von der Veranlaſſung dieſes Geſätzes etwas beigebracht; da aber hier eigentlich der Ort iſt, davon zu handeln: ſo wollen wir dieſelbe ietzo näher ausführen. Warum der Keiſer *Auguſtus* auf dieſen Legem verfallen, ſolches hat uns DIONYSIVS HALICARNASS. *lib. IV. Antiq. Rom.* p. 228. folgender maſſen angezeiget: *Talis eſt noſtro tempore rerum confuſio, & ſic ad ſordes atque ignominiam degeneravit Romanorum probitas, ut nonnulli a latrociniis, parietum perfoſſionibus, proſtitutionibus, omnibusque aliis ſceleribus pecunia collecta libertatem redimant, ſtatimque ſe Romanos faciant. Alii conſcii dominis & ſociis veneficiorum, homicidiorum, facinorumque, tum contra Deos, tum contra rempublicam ſuſceptorum, eam ab illis gratiam recipiant. Quidam ideo manumittuntur, ut acceptum e publico frumentum menſtruum, & ſi quæ alia liberalitatis in egenos cives conferuntur a principibus, dent hi, a quibus ſunt facti liberi.* Es trugen aber andere Urſachen etwas dazu mit bei, wovon TACITVS *lib. XV. Annal.* c. 55. ein Exempel anführet, da die Herren ihre Knechte in fraudem creditorum manumittirten. Selbiger ſchreibet von *Scævino: pecunias & libertates ſervit & ante dono datas; ſed ideo tanto largius; quia tenui iam re familiari, & inſtantibus creditoribus, teſtamento diffideret.* Oefters geſchahe es auch, daß die Knechte von den jungen Leuten, welchen ſie bisweilen in ihren Amours waren behülflich geweſen, ſich die Freiheit verſprechen lieſſen, wovon uns die alten Comici PLAVTVS und TERENTIVS genug Exempel an die Hand geben. Solches bewog nun den Keiſer *Auguſtum*, dieſe

Frei-

Freiheiten zu mäßigen, weswegen eben der *Lex Ælia Sentia* gegeben ward, wovon SVETONIVS *in Auguſto* c. 40. und DIO CASSIVS *in Hiſt. Impp. lib. LXVI.* p. 541. handeln. Wir wollen hier erſt mit wenigen die Capita *Legis Æliæ Sentiæ* durchgehen, von welchen in *Inſtitutionibus* nichts gemeldet wird: hernach aber diejenigen betrachten, deren alda Erwehnung gethan wird. Wir haben oben ſchon (§. 106.) das erſte Hauptſtück dieſes Geſatzes betrachtet, und iſt alſo nicht nöthig, ietzo wieder davon zu reden. Das zweite Hauptſtück dieſes *Legis Ælia Sentiæ* handelte von den Rechten der Patronen und Freigelaſſenen, daß, wenn ein Patron dem dürftigen Freigelaſſenen nicht beiſpringen würde, derſelbe ſein Patronat-Recht verliehren ſolte. L. 33. *de bonis libertorum.* L. 6. D. *de lib. agnoſc.* In dem dritten Hauptſtück war geſetzet, ut patroni exciderent iuribus patronatus, qui libertos ad mercedem operarum promittendam induxiſſent, L. *ult.* D. *qui & a quib. manum. liber. non fiunt.* In dem vierten Hauptſtück wurde denen Patronis die actio adverſus libertos ingratos gegeben, um dieſelben zu immerwährender Arbeit in latomiis anzuhalten. CVIACIVS *lib. X. Obſervat.* c. 33. GRAVINA *de legibus & SCtis* p. 528. & ſeqq. Unter dem Keiſer *Claudio* pflegte man die ingratos libertos wieder unter die Knechtſchaft zu ziehen. SVETONIVS *in Claudio* c. 25. welches nach ihm der Keiſer *Commodus* durch eine beſondere Satzung einführte. L. 6. D. *de agnoſc. lib.* Das fünfte Hauptſtück *Legis Æliæ Sentiæ* benahm den Patronen ihre Patronat-Rechte, welche den Knechten mit dem Beding ihre Freiheit gaben, daß dieſelben weder heyrathen, noch Kinder zeugen ſolten. L. 6. D. *de iure Patronatus.* Das ſechſte Hauptſtück enthielte, ne quis in fraudem creditorum manumitteret, *princ. Inſt. h. t.* Das ſiebende, ne domino minori XX. annis manumittere liceret, niſi certis ſervatis conditionibus, §. 4. *Inſt. h. t.* Und von dieſen beiden letztern Hauptſtücken ſoll hier eigentlich unſere Abhandlung ſeyn.

§. 116. Iam de capite priore, de quo agit Imperator IVSTINIANVS *princ. Inſt. h. t.* Quæritur: 1) Was die manumiſſio, welche in fraudem creditorum geſchehen, vor eine Wirckung gehabt? (§. 116.) 2) Was die Worte in fraudem creditorum bedeuten? (§. 117.) 3) Was vor Ausnahmen dieſe Regel unterworfen ſey? (§. 118. 119.) Alſo wird zuerſt gefraget: was die manumiſſio, welche in fraudem creditorum geſchehen, vor eine Wirckung gehabt? Hier iſt die Regel wohl zu mercken: qui in fraudem creditorum manumittit, nihil agit. Die Knechte machten ſowohl bei den Römern, als auch bei andern Völckern den gröſten Reichthum eines Herrn aus, weil die Knechte nicht unter die Perſonen, ſondern zu den rebus gehöreten. Alſo wurde derjenige nicht weniger für einen reichen Mann gehalten, als derjenige, welcher viele Güter, Aecker, Wieſen, Holtzungen und

Heerden Vieh hatte. Wenn alſo, z. E. einer zehen tauſend Gulden ſchuldig war, und zwantzig Knechte hatte, wovon ieder 500. Gulden werth war, derſelbe war auſſer allem Zweifel ſolvendo. Da ſich aber die Gläubiger meldeten und bezahlet ſeyn wolten: ſo manumittirte er alle Knechte, daß alſo nichts übrig blieb, womit die Gläubiger hätten können befriediget werden. Weil aber dieſes ein boßhafter Betrug war: ſo ließ der Keiſer *Auguſtus* die Verordnung machen, daß dergleichen manumiſſiones, welche in fraudem creditorum geſchehen wären, null und nichtig ſeyn ſolten. Ferner iſt zu mercken, daß in unſerm iure ein anders iſt, wenn etwas null und nichtig iſt, ein anders aber, wenn etwas ſoll reſcindirt werden. Nullum wird dasjenige genennet, welches ohne eine gerichtliche Klage ſo ſchon keine Wirckung hat. Z. E. Wenn ein Kind etwas veräuſſert, ſo iſt der actus ſo ſchon an und vor ſich ſelbſt ungültig, und iſt nicht erſt nöthig, ſolches gerichtlich für ungültig erklären zu laſſen. Reſcindendum aber wird genennet, welches zwar an und vor ſich ſelbſt eine Wirkung hat, es wird aber ſolches von dem Richter, wegen gewiſſer wichtigen Umſtände, für ungültig erkläret. Z. E. Wenn ein minor mit Vollwort ſeines Curatoris Güter verkauft; ſo iſt dieſes an ſich eine vera alienatio, und hat auch ihre Wirckung; wenn aber hernach erhellen ſolte, daß dieſer minor wäre læditet worden: ſo kan der Richter dieſen Verkauf aufheben, und dem minorenni reſtitutionem in integrum geben. Nun iſt eine iede alienatio, welche in fraudem creditorum geſchehen, an und vor ſich nicht ungültig, ſondern es wird dieſelbe erſt von dem Richter aufgehoben: weswegen die Gläubiger die actionem Paullianam haben, ad revocandum id, quod in fraudem eſt alienatum, §. 6. *Inſt. de Actionibus.* Aber hier iſt etwas beſonders, daß die manumiſſio in fraudem creditorum facta, nicht durch richterliche Hülfe aufgehoben wird, ſondern ſie iſt ipſo iure nulla. Dieſes giebt uns Anlaß zu fragen: warum die manumiſſio in fraudem creditorum facta, nicht durch die actionem Paullianam reſcindirt wird? Wir antworten darauf, daß dieſes deswegen nicht geſchehe, α) weil die Freiheit, wenn ſie einmal zugeſtanden worden, nicht wieder kan reſcindirt oder genommen werden: und dahero vielmehr die Geſätze die Erklärung thun, daß dieſelbe niemals zugeſtanden worden. β) Weil durch die actio Pauliana dasjenige revocirt wird, welches der Beſitzer alienirt hat: bei der Manumißion aber wird nichts alienirt, nec eſt poſſeſſor, qui ſervitutem, ex qua liberatus eſt ſervus, poſſideat. Und daher konte man den Gläubigern nicht anders zu ſtatten kommen, als daß man dieſes neue Recht einführte: ut qui in fraudem creditorum manumitteret, nihil ageret.

§. 117. Wir haben zweitens zu ſehen, was das heiſſe, in fraudem cre-

creditorum manumittere? Fraus heiſt ſonſt eine iede Liſt (dolus), dadurch einer dem andern hintergehet, ſed non omnis dolus eſt malus, z. E. wenn ein Arzt einen kleinen Knaben, welcher kranck iſt, und für der Artzenei einen Abſcheu bezeuget, überredet, daß dieſelbe ſüſſer als Honig ſey: dieſes iſt ein dolus bonus. Aber ein dolus malus wird genennet, wenn einer dem andern ſo gefährlich hintergehet, daß er einen Schaden leidet, z. E. wenn iemand einem andern eine kupferne vergüldete Müntze für ein Gold-Stück giebet. Weil nun hier von einem ſolchen Betrug oder dolo malo geredet wird: ſo müſſen hierbei zwei Stück concurriren, wenn geſagt werden ſoll, daß die manumiſſio in fraudem creditorum geſchehen: a) Der Vorſatz und Wille, die Gläubiger zu betrügen, d. i. daß der Schuldner weiß, daß, wenn er die Knechte manumittirt, er nicht mehr ſolvendo ſeyn werde, und dieſes dennoch thut. b) Daß auch der effectus da ſey, daß, wenn die Knechte freigelaſſen worden, den Gläubigern das Ihrige nicht werden kan. Wenn eins von dieſen beiden requiſitis fehlet, non videtur manumiſſio facta in fraudem creditorum, und dahero kan ſie alsdenn auch nicht ungültig ſeyn. Z. E. Es manumittirt einer ſeinen Knecht Stichum, bona fide, weil er ſich einbildet, er ſey ſo reich, daß ſeine Gläubiger wohl könten befriediget werden. Ein ſolcher thut nichts in fraudem creditorum, weil der Vorſatz, die Gläubiger zu betrügen, hier ermangelt. Oder auch, wenn einer von dreißig ihm zugehörigen Knechten drei derſelben manumittirt, und hernach noch ſo viel behält, daß alle ſeine creditores können befriediget werden, der ſcheinet nichts in fraudem creditorum gethan zu haben, weil die Wirkung nicht erfolget iſt, d. i. weil die Gläubiger aus dieſer Manumißion keinen Schaden gelitten haben.

§. 118. und 119. Da wir dieſes haben, ſo können wir drittens leichtlich erſehen, was obige Regel vor Ausnahmen habe. Wir haben in dieſen beeden §§phis deren zween angegeben. Denn a) wenn einer ſich für reich gehalten, und den Knecht manumittirt hat, ei ignoſcendum eſt. Und dahin gehöret die ſchöne Regel, welche der Keiſer IVSTINIANVS §. 3. *Inſt. h. t.* gegeben hat: *Sæpe de facultatibus ſuis amplius, quam in his eſt, ſperant homines.* Es kan dieſes ſich bei Kaufleuten gar leicht zutragen, als deren Handlung zur See ſo beſchaffen iſt, daß dieſelben durch einen einzigen Sturm entweder die reichſten oder ärmſten Leute werden können. b) Wenn einer einen Knecht im Teſtament manumittirt, und denſelben zugleich mit zum Erben eingeſetzet hat, ei quoque ignoſcendum eſt. Die Urſach dieſer Ausnahme von der Regel lieget darin, weil es bei den Römern für eine Schande gehalten wurde, daß die Güter der Verſtorbenen nach ſeinem Tode ſolten diſtrahirt werden. CICERO *pro P. Quint.* c. 15. und daher war erlaubt,

den Knecht zum Erben einzuſetzen, welcher alsdenn heres neceſſarius war, und doch nichts aus der Erbſchafft bekam, ſondern daß nur die Güter nicht unter dem Namen des Verſtorbenen, ſondern unter dem Namen des Knechts diſtrahirt wurden, wodurch alſo der Ehre des verſtorbenen Herrns geſchonet ward. Ob nun gleich dadurch die Gläubiger den Werth des Knechtes verlohren: ſo genoſſen ſie dagegen doch dieſen Vortheil, daß ſie nun wuſten, gegen wem ſie klagen konten. Et iſte ſervus heres nunc aut tranſigere tenebatur cum creditoribus, aut bonis cedere.

§. 120. Das andere caput legis Aeliæ Sentiæ war, ne domino minori xx annis manumittere licerer, niſi certis ſervatis conditionibus. Dieſe beſtehen darin: 1) Cauſſa hujus legis eſt fraus ſervorum, welche wenn die Erben noch junge Leute waren, ſuchten ſie ſich bei denſelben zu inſinuiren, und da war ihnen nichts zu ſchwer der Leidenſchaft des Herrn genug zu thun, wofür ſie ſich dann die Freiheit bedungen. Weil nun die jungen Leute dadurch leichtlich konten in Armuth gerathen: ſo wolte *Auguſtus* nicht länger mehr leiden, daß ein minor viginti annis manumittiren ſolte, auſſer unter gewiſſen Bedingungen. Aber 2) wird gefragt, welches ſind denn dieſe Conditiones, welche bei der Manumiſſion müſſen beobachtet werden? Wir antworten darauf, daß es folgende ſeyn. α) Die Manumiſſio ſolte geſchehen per vindictam. Denn auf ſolche Art muſte es bei der Obrigkeit verrichtet werden (§. 100.) und dieſe konte cauſſæ cognitionem anſtellen, und ermeſſen, ob die Manumiſſio zuzuſtehen ſey oder nicht. β) Muſte die Manumiſſio öffentlich ad conſilium, d. i. in Gegenwart der Beiſitzer des Prætoris oder Conſulis (von welchen Hr. HVBER *in Prælect. ad digeſt. de Officio Aſſeſſorum* ſehr gelehrt handelt) geſchehen, welches ſonſt bei der Manumiſſion nicht nöthig war, weil auch in tranſitu, wenn der prætor in das Bad ging, konte manumittirt werden §. 2. *Inſt. de Libertin.* Daher kömmt bei GRVTERO *in Inſcript.* p. 621. 2. dieſe Inſchrift vor: *Perſicus ſervus manumiſſus ad conſilium.* γ) Muß iuſta cauſſa da ſeyn. Der junge Herr, welcher manumittiren wolte, muſte Urſachen anführen, die ihn dazu bewegten, und warum der Knecht dergleichen Wohlthat verdienet hätte. War nun die angeführte iuſta cauſſa apud conſilium angenommen worden: ſo ging die Manumiſſion an, obgleich hernach geſehen wurde, daß die cauſſa falſch geweſen. Die Urſache davon haben wir oben (§. 116.) beigebracht, nemlich: quia ſemel data libertas aufferri non poterat.

§. 121. Wenn nun ein junger Herr, der noch nicht 20. Jahr alt war manumittiren konte ex iuſta cauſſa, ſo wird hier billig gefragt: quænam fuerint illæ iuſtæ cauſſæ? Wir antworten darauf, daß iuſta manumiſſionis cauſſa geweſen, a) propinquitas, z. E. wenn einer ſeinen Vater, Mutter, Sohn, Tochter, Brüder oder Schweſtern manumittiren wolte. Es möchte ſich hier je-

jemand den Zweifel machen, wie dieſes hätte geſchehen können: wir wollen denſelben alſo zu heben ſuchen. Wir wollen ſetzen, Stichus ein Knecht erzeuget mit einer ancilla Syrum und Davum, und Syrus erzeuget mit einer andern ancilla Dramonem, kurtz darauf ſtirbt der Herr und ſetzet Syrum zum Erben ein. Da iſt nun Stichus des Syri Vater, Dramo iſt ſein Sohn, und Davus iſt der Bruder: und dieſe alle ſind Knechte des Stichi, welche konten manumittirt werden pietatis cauſſa, wenn auch gleich Stichus noch nicht 25. Jahr alt war. b) War es auch erlaubet einen Pædagogum zu manumittiren. Pædagogus heiſſet derjenige, welcher uns durch ſeinen Fleiß und Arbeit wozu geſchickt macht, wie *Aquillius Regulus in* L. 27. D. *de donat.* Man ließ es deswegen frei, weil man einem nicht die Hände binden wolte, beſondere Wohlthaten unvergolten zu laſſen. c) Dieſes ging auch an bei der Säugamme, weil dieſelbe gleichſam an ſtatt der Mutter war. d) So war auch eine iuſta cauſſa, wenn einer ſeinen Educatorem, ſo ihm an Vaters ſtatt war, manumittiren wolte. COLERVS *in Parerg.* c. 26. Es wurde auch e) einem nicht gewehret, wenn er ſeinen alumnum losgeben wolte. Alumni hieſſen in Rom ausgeſetzte Kinder, welche ein anderer aufgehoben und erzogen hatte: wer einen ſolchen manumittiren wolte, der konte es thun, weil man der beſondern Affection, die ſich hier findet, keine Schrancken hat ſetzen wollen. Man wehrete auch einen nicht zu manumittiren, f) wenn einer ſeinen Collactaneum oder Milch-Bruder frei laſſen wolte. Dieſes ſahe man als eine beſondere Affection an, und daher wird bey FABRETTO *Inſcript.* p. 484. REINESIO *Claſſ.* IX. n. 16. der Collactaneorum und Collactcorum etlichemal Meldung gethan. So konnten auch die g) die minores viginti annis manumittiren, wenn ſie einen Knecht hatten, welchen ſie zu ihren Procurator machen wolten. Qu. was wird hier vor ein procurator verſtanden? Einige ſagen ein auſſergerichtlicher, welches doch falſch iſt, weil ein Knecht, welcher procurator extraiudicialis ſeyn will, keine manumiſſion nöthig hat. Daher hier der procurator iudicialis zuverſtehen, wie CVIACIVS *lib. XXI. Obſerv.* c. 16. recht angemercket hat. Endlich wurde es h) nicht gewehret, wenn einer ſeine Magd freilaſſen wolte, um dieſelbe hernach zu heurathen. Denn ein Römiſcher Bürger konte keine Magd heurathen, *pr. Inſt. de Nupt.* doch aber konte er eine Freigelaſſene, wenn er ſelbſt ein plebeius war, heurathen L. 23. D. *de ritu nuptiarum*, wovon FABRETTVS *in Inſcript.* c. IV. p. 289. und GVILIELMVS FORNERIVS *lib. III. Select.* c. 13. Exempel aus dem Alterthum anführen.

§. 122. Es iſt hier noch übrig etwas von dem heutigen Gebrauch dieſes Titels zu reden. Wenn alſo gefragt wird, ob dieſe Dinge heut zu Tage noch in foro betrachtet werden? ſo antworten wir darauf, daß das erſte ca-

put legis Aeliæ Sentiæ noch heut zu Tage an denjenigen Orten gelte, wo sich noch Leibeigene befinden. Denn wenn einer die Bauren, die zum Gütern gehören, in fraudem creditorum alieniren wolte: so würde eben sowol wie bei den Römern alles null und nichtig seyn. Es gilt auch bei uns nicht die Exceptio, wovon wir oben (§. 119.) geredet haben, de servo herede instituto. Denn wenn einer heut zu Tage in grosser Schulden-Last verstirbt, und die Güter werden nach dessen Absterben verkauft, so hält man dieses für keine Schande: welches man daraus sehen kan, daß die Bibliotheken grosser und gelehrter Leute verauctionirt werden. Das letzte caput legis Aliæ Sentiæ hat der Keiser *Iustinianus* in §. *ult. Inst. h. t.* aufgehoben, quia libertas inæstimabilis res est. Es ist zwar eine absurde raison, die der Keiser *Iustinianus* gegeben hat: allein weil er es so verordnete, muste es gelten. S. VINNIVM *ad h. t.* THOMASIVM *diss. de Vsupract. doctrinæ de impedimentis manumissionis* §. *39. seqq.* Wer also manumittiren wolte, der muste siebenzehen Jahr alt seyn, und das achtzehende erreichet haben. Er durfte auch nicht mehr Rechenschafft geben von seiner manumission: wie denn auch nicht nöthig war, daß die manumissio entweder per vindictam, oder ad consilium, geschehen muste. Aber dieses ist zuverstehen, wenn einer inter vivos manumittiren wolte. Solte es aber per testamentum geschehen, so konten junge Leute, wenn sie das vierzehende Jahr erreichet hatten, alsdenn manumittiren. *Novella CXIX. c. 2.*

Tit. VII.

De Lege Fusia Caninia Tollenda.

§. 123. 124.

Wir haben oben (§. 114.) Meldung gethan, daß der Keiser *Augustus* die Freiheit zu manumittiren restringirt habe, und zu dem Ende zwei Gesätze gegeben, nemlich Legem Aeliam Sentiam und Fusiam Caniniam. Von dem ersten ist bisher geredet worden, jetzo wollen wir von dem andern handeln; und wird dahero zu sehen seyn, 1) warum und wann dieser *Lex Fusia Caninia* gegeben worden? §. 123. 124.) 2) Was in demselben festgesetzet worden? §. 125.) 3) Ob von demselben heut zu Tage noch ein Gebrauch zu machen sey? Erstlich wird gefragt: warum und wann dieser *Lex Fusia Caninia* gegeben worden? Wir antworten, daß der Bewegungs Grund dieses Gesätz

ſätz zu verfaſſen, geweſen, weil die Römer, wenn ſie ſterben wolten, ſehr freigebig waren, und viele Knechte zu manumittiren pflegten. Denn α) auch geitzige Leute, wenn ſie ſehen, daß es zum Abfahren mit ihnen kommen ſoll, ſind ungemein liberal, theils weil ſie ihre Reichthümer nun nicht mehr nöthig haben, theils weil ſie dieſelben ihren Erben nicht gönnen wollen. β) War auch bei den Römern eine beſondere Urſache, warum ſie die Knechte in ihren letzten Willen ſo gerne freiließen. Es pflegten nemlich die Römer bei ihren Begräbniſſen einen groſſen Staat zu machen, welcher vornemlich darin beſtund, wenn ein groſſer Hauffen Knechte mit ihren groſſen Hüthen der Leiche folgeten. DIONYSIVS HALICARN. *lib. IV.* p. 228. hat uns davon folgendes aufgezeichnet: *Scio, qui tota, ſervitia teſtamento libera eſſe iuberent, ut benignitatis laudem ferrent poſt mortem, & in funeris elatione lecticam eorum magna pileatorum proſequeretur frequentia, in qua pompa quidam erant, ut a ſcientibus audivi, recens dimiſſi e carcere, malefici, mille ſupplicia meriti. Iſtos impuris urbis pilcos plerique cum ſtomacho adſpectant, & reſpuunt eorum conſuetudinem, indignum facinus clamitantes, populum rerum dominum & uſurpantem ſibi orbis imperium, talibus contaminari civibus.* Wovon auch IOANNES KIRCHMANNVS *de Funeribus Romanorum lib. II.* c. 7. mit mehrern gehandelt hat. Damit nun durch die vielen Böſewichter, welche unter ſolchen freigelaſſenen Knechten waren, nicht ſo viele das Römiſche Bürgerrecht bekommen möchten; ſo wurde für gut befunden, der Freiheit zu manumittiren engere Gräntzen zu ſetzen: und ſolches geſchahe durch den *Legem Fuſiam Caniniam.* Da finden ſich nun einige, welche ſagen, daß dieſer Lex. A. V. C. 706. unter dem Burgemeiſter-Amt *Q. Fuſii Caleni* und *P. Vatinii* gegeben worden, man habe aber denſelben zu Zeiten *Auguſti* auf Anhalten des Burgemeiſters *C. Caninii* A. V. C. 751. wieder erneuret, daher derſelbe auch *Lex Fuſia Caninia* genennet worden. OISELIVS *ad Caji Inſtit.* p. 24. RÆVARDVS *lib. II. Conject.* c. 1. Allein da DIONYSIVS HALICARNASSEVS noch zu ſeiner Zeit über die Freiheit zu manumittiren gewaltige Klagen führet: ſo iſt kaum zu glauben, daß dieſes Geſätz ſo alt ſeyn könne. Sodann findet man auch kein Exempel eines Geſätzes, welches den Namen von zwei Burgemeiſtern, die in unterſchiedenen Jahren das Amt geführet, ſolte ſeyn benennet worden. Wir tragen alſo gar kein Bedencken, dem Hrn. EPHRAIM GERHARDI Beifall zu geben, welcher in der diſſertation *de Lege Fuſia Caninia* §. 7. gemuthmaſſet hat, daß dieſer Lex A. V. C. 756. unter dem Burgemeiſter-Amt *S. Furii Camilli* und *C. Caninii Galli* gegeben worden. Es darf ſich auch niemand daran ſtoſſen, daß der *Lex Fuſia Caninia* genennet wird, denn die Alten ſprachen das R. als ein S. aus, z. E. für Papirius Papiſius, alſo auch für Furius Fuſius und Valerius Valeſius. CICERO *Epiſt. ad Fam. lib. IX. ep.* 21. und es ſoll erſt *Appius Claudius Cæcus* A. V. C.

405.

405. den Buchstaben R. erfunden haben. L. 2. §. 36. D. *de Orig. Iur.* BYNKERSHOECK *in Prætermissis ad h.* L. PETRVS FABER *in Semestr.* p. 52.

§. 125. Wir kommen hier auf die andere Frage; was in diesem Gesätz festgesetzet worden? Hierauf dienet zur Antwort, daß α) nur ein Theil der Knechte im Testament solte manumittirt werden, wobei die Proportion zu halten, daß, wer zwei Knechte hatte, der konte sie alle beide manumittiren; hatte einer drei oder viere, so war ihm davon zweene loßzulassen erlaubet, von sechsen oder sieben drei, von zehen fünf, von eilffen bis siebenzehen fünf, von achtzehen sechs, und von dieser Zahl bis dreisig den dritten Theil, von dreisig bis hundert den vierten Theil, von hundert und eins bis fünfhundert den fünften Theil, hatte aber ein Herr noch mehr Knechte, deren Anzahl sich über fünfhundert erstreckte, so konte er doch nicht über hundert manumittiren. Und wenn auch ein reicher Römer, wie SENECA *de tranquillitate* c. 8. ATHENÆVS *in Dipnosoph. lib. VI.* p. 137. erzehlen, 20000. Knechte gehabt hätte, so war er doch nicht im Stande, mehr als hundert zu manumittiren, und meldet davon VOPISCVS *in Tacito* c. 10. von dem Keiser *Tacito* diesen besondern Umstand, *quod manumiserit, intra centum tamen, ne Caniniam transire videretur.* β) War ferner verordnet, daß, wenn einer mehr manumittirte, als ihm das Gesätz erlaubte, so waren zwar die ersten frei, die übrigen aber musten in der Knechtschaft verbleiben. Z. E. Es hatte einer fünf Knechte, Syrum, Davum, Stichum, Dramonem und Pamphilium manumittiret; so waren die beiden ersten frei, weil nach diesen Gesätz nur die Hälfte konte manumittirt werden; die übrigen aber blieben in der Knechtschaft. Weil dieses die Herren wusten, so suchten sie das Gesätz damit zu durchlöchern, daß sie in dem Testament die Namen der Knechte διεζευγμένως oder in Form eines Ringes schreiben, z. E. Liberi sunto:

Auf diese Art wuste niemand, welcher der erste, andere oder der letzte war. γ) Wer auf solche Art seine Freiheit erhalten, erhielte nichts, und muste also ein Knecht bleiben. Denn wie man den Betrug merckte: so machte man eben diese Verordnung, und legte den Herren das Handwerck.

§. 126.

§. 126. Was die letzte Frage anbetrift, ob dieser Lex Fusia Caninia noch heut zu Tage einen Nutzen habe? So antworten wir darauf mit wenigen, daß wir heut zu Tage denselben nicht mehr nutzen können, weil der Keiser *Iustinianus* denselben, *tamquam legem invidam & inhumanam §. un. Inst. h. t.* aufgehoben hat, obgleich derselbe dem gemeinen Wesen sehr nützlich gewesen ist. Der Keiser *Iustinianus* meinete, es wäre absurd, daß einer bei seinen Lebzeiten wohl alle seine Knechte manumittiren könte, und man ihm doch bei seinem Absterben solches verwehren wolte. Er war ein grosser Freund von der Freiheit, und kehrte sich also an die raison d'etat des Keisers *Augusti* sehr wenig. Im übrigen ist der Keiser *Iustinianus* nicht der erste gewesen, welcher so raisonniret hat, sondern ihm ist QVINCTILIANVS *Declam.* 308. vorangegangen, da er geschrieben: *Grave videri potest, ipsum patrimonium, si non integram legem habet, & cum omne ius in nobis permittatur, viventibus, aufferatur morientibus.* Letzlich müssen wir hierbei noch mercken, daß ACCVRSIVS den Namen dieses Gesetzes *in Glossa ad princ. Inst. h. t.* von der hundischen Neidigkeit, a canina invidia, herleitet. Dessen Worte sind: *Quam legem Fusiam Caniniam forte a quodam, qui Canis nominabatur, inductam, ut in publiciana dicitur, & inde* actionibus §. aliæ, *nam canis servabat naturam, qui stat in palea, qui nec sibi potest habere paleam, nec alii permittit accipere, sic nec sibi poterat tenere servos, quod moriebatur, nec libertatem patiebatur iis dare. Vnde merito canina dicitur, ut sit consequens nomen rei.* Belle, sapienter, lepide, ut nihil supra.

Tit. VIII.

De His, Qui Sui Vel Alieni Iuris Sunt.

§. 127. und 128.

Wir haben nun bishero von der ersten Eintheilung der Personen gehandelt, nach welcher die Menschen eingetheilet worden in freie Leute und Knechte. Die Freien wurden wieder eingetheilet in Freigebohrne und Freigelassene, von welchen allen vom dritten bis zum siebenden Titel ausführlich ist gehandelt worden. Jetzo folget die andere Eintheilung der Menschen in homines sui & alieni iuris. Es möchte hier iemand dencken, daß diese Eintheilung mit der ersten einerlei sey, weil nemlich freie Leute homines sui iuris, Knechte aber homines alieno iuri subiecti wären. Allein diesen Ein-

wurf kan man damit gleich begegnen, daß filii filiæve familias alieno iuri ſubiecti ſubiectæque ſind, da ſie doch keine Knechte, ſondern freie Perſonen ſind. Daher wir vor allen Dingen definiren müſſen, was Perſonæ ſui vel alieni iuris ſind. Perſonæ ſui iuris werden genennet, qui nec dominicæ nec patriæ poteſtati ſubſunt: hingegen ſind Perſonæ alieni iuris, qui alterutri poteſtati ſunt ſubiecti, *princ. Inſt.* & L. 1. *princ.* D. *h. t.* Die erſten werden genennet patres & matresfamilias, ſie mögen ſeyn wes Alters ſie wollen. Denn hier wird nur darauf geſehen, an quis ſibi, an patri adquirat? Cuicunque enim adquiritur, is paterfamilias adpellatur. Z. E. Ein Kind, welches noch in der Wiege lieget, iſt ein paterfamilias, wenn es weder einen Vater noch einen Herrn hat, welchen es unterworfen iſt. Es möchte hier iemand den Einwurf machen und ſagen: tutela etiam eſt poteſtas: qui igitur tutelæ ſubeſt, non eſt paterfamilias, adeoque non ſui, ſed alieni iuris. Allein der Einwurf iſt von geringer Erheblichkeit, weil ein groſſer Unterſchied iſt inter poteſtatem adminiſtratoriam, welche der Vormund hat, & adquiſitivam, von welcher gegenwärtig geredet wird. Diejenigen, welche homines alieni iuris ſind, ſind entweder filii filiævefamilias, und dieſe ſind ſub patria poteſtate: oder ſervi ancillæve, und dieſe ſind ſub poteſtate dominica. Wir wollen alſo in gegenwärtigen Titel von der poteſtate dominica, in den folgenden aber von der patria poteſtate reden.

§. 129. Von der dominica poteſtate ſoll vorietzo hier gehandelt werden, wobei wir zu ſehen haben, 1) auf den Grund dieſer Gewalt, (§. 129.) 2) worin dieſe Gewalt beſtehe, (§. 130.) 3) ob man heut zu Tage noch einen Gebrauch derſelben habe? (§. 131.) Was das erſte anbetrift, da wir auf das fundamentum dominicæ poteſtatis zu ſehen haben: ſo iſt der Grund dazu ſtatus ſervorum. Nam ſervi non ſunt perſonæ, ſed res. Res ſunt in dominio: ergo & ſervus æque eſt in dominio heri ſui, ac bos, equus, aſinus aliudve iumentum, von welchen die Römiſchen Knechte ſehr wenig unterſchieden waren, wie oben (§. 77. 78.) geſagt worden. Aus dieſem principio fließt nun die Regel: quæcunque iura competunt domino in rem ſuam, eadem & in ſervum ipſum competunt.

§. 130. Was das andere anbelanget, da wir unterſuchen wollen, worin die poteſtas dominica beſtehe: ſo handeln wir hier davon, und machen aus unſern kurtz vorher beigebrachten principio, folgende concluſiones: a) Domino competit ius vitæ & necis in ſervos, welches bei den Römern was beſonders war, da daſſelbe bei vielen Völckern nicht den Herren zuſtunde, wie BODINVS *de Republica lib. I. c. 5.* zeiget. Aber die Römer gaben ſolches den Herren als einer Haus-Obrigkeit, weil denſelben vornemlich daran gelegen war, daß ihr patrimonium, welches gröſtentheils in Knechten beſtun-

stunde, nicht möchte geschmälert werden. Wenn man unter dem iure vitæ & necis eine iurisdictionem domesticam verstehet, so ist die Sache dem natürlichen Recht nicht entgegen, wie dieses der Herr THOMASIVS *in Fundamentis iuris Nat. & Gent.* c. 3. §. 4. gewiesen hat. Aber je mehr die Römer von der Tugend abwichen, desto mehr Ungerechtigkeit und Tyrannei verübten sie gegen die Knechte, mit welchen die grausamen Herren öfters nur zur Lust und zum Spaß erschröcklich umgiengen, und recht ihre Augen daran weideten. Denn jetzo nichts von den grausamen Strafen zu gedencken, welche sonsten für die Knechte gewöhnlich waren, so erdachte man ausser denselben noch viele härtere, wovon PLINIVS *Hist. Nat. lib. IX.* c. 23. SENECA *de ira lib. III.* c. 40. *de Clementia* c. 18. TERTVLLIANVS *de Pallio, in fin.* Exempel beibringen, daß die Knechte gecreutziget, unter der furca zu Tode gepeitschet, von Felsen herunter gestürtzet, und in die Weyher geworfen worden. Es befreiete dieselben von diesen harten Strafen nicht einmal die Flucht, es wäre denn gewesen, daß sie entweder einen Altar, oder die Statue des Keisers erreichet, oder einen Fürbitter gefunden hätten. Aus obigen Principio fliesset b), daß die Knechte in commercio waren, und dahero konten verkauft, verschenckt und legiret werden, nicht anders, als wie man mit Pferden, Rindern und andern Sachen thun kan. Der gemeine Werth eines Knechts war 20. Aurei. L. 1. *Cod. de commun. serv. manum.* War aber ein Knecht ein Künstler, so muste er schon mehr gelten, und ein solcher kostete manchmal 50. 60. bis 70. Aureos. Sodann konten c) die Knechte nichts eigenes besitzen, sondern alles, was sie erwarben, das gehörte nicht ihnen, sondern dem Herrn zu. Denn obgleich die Knechte zuweilen ein peculium hatten: so konte ihnen doch der Herr dasselbe pro lubitu nehmen. Dieses peculium scharreten die Knechte ex demenso suo zusammen. Loco demensi empfing ein ieder Knecht monatlich fünf Scheffel und fünf denarios, welches man ein menstruum nennete. SENECA *Ep. 81.* Was sie nun daraus ersparten, das war an statt eines peculii. Dieses Geld thaten sie mit Bewilligung des Herrn entweder auf Wucher aus, oder kauften sich einen andern Knecht, welcher Vicarius genennet ward. BRISSONIVS *de Verb. Signif.* voce *Vicarius.* Aber, wie wir schon erinnert haben, so konte der Herr dasselbe nehmen, wenn er wolte, welches man am besten aus TERENTII *Phorm Act. I. Scen. I. vers 5. seqq.* ersehen kan:

Quod ille unciatim vix de demenso suo,
Suum defraudans genium, comparsit miser.
At illa (hera) universum accipiet, haut existimans,
Quanto labore partum.

§. 131. Wir haben aber auch drittens zu ſehen: ob wir dieſe Sachen auch noch heut zu Tage gebrauchen können? Wir mercken hierbei 1) daß ſelbſt die Römiſchen Geſätze ſehr vieles wegen der Gewalt der Herren über ihre Knechte geändert haben, wovon im gegenwärtigen §pho ſoll geredet werden, und dann ſoll (§. 132.) gezeiget werden, wie ſich die Gewalt der Herren über ihre Knechte heut zu Tage bei uns verhalte. Wir haben geſagt, es hätten die Römiſchen Geſätze ſelbſt die Gewalt der Herren über ihre Knechte geändert. Es hatten die Römer das Ius vitæ & necis über die Knechte, es wurde ihnen aber daſſelbe ziemlich beſchnitten, als *Vedius Pollio* einen Knecht, der ein Cryſtallenes Glaß zerbrochen hatte, in einen Weyher werfen lieſſe. Denn dieſes bewog dem Keiſer *Auguſtum*, daß er dem Præfecto urbi Befehl gab, acht zu haben, damit die Herren nicht mehr ſo grauſam mit ihren Knechten verfahren möchten, und wenn die letzten gegen die erſten klageten, er ſie anhören ſolte. LIPSIVS *ad* SENECAM *de beneficiis lib. III. c. 22.* SENECA *de Ira lib. III. c. 40. L. I. §. 1. & 8. D. de Officio Præfecti urb.* Und es that dieſes auch ſehr nöthig, daß dieſe Gewalt eingeſchrencket ward, wenn man bedencket, wie ſchlimm die Römer öfters mit ihren unſchuldigen Knechten verfahren haben, welches IVVENALIS *Sat. VI. verſ. 219. ſeqq.* in folgenden Verſen deutlich genug vorgeſtellet hat:

Pone crucem ſervo. Meruit quo crimine ſervus
Supplicium? quis teſtis adeſt? quis detulit? audi,
Nulla unquam de morte hominis cunctatio longa eſt.
O demens, ita ſervus homo eſt? nil fecerit, eſto,
Hoc volo, ſic iubeo, ſit pro ratione voluntas.

Nachgehends ſchickte ſich auch dieſe illimitata poteſtas gar nicht vor die Monarchie, daher kan man den Keiſern nicht verdencken, daß ſie dieſelbe zu mäßigen geſucht. Alſo kam auch der Keiſer *Claudius*, und ſetzte durch ein eigenes Senatusconſultum feſt, daß die Herren, welche ihre krancke Knechte ausſetzen, oder dieſelben gar tödten würden, im erſten Fall dieſelbe verliehren, im andern Fall aber mit dem Tode geſtraft werden ſolten. Den Inhalt dieſes Geſätzes berichtet uns SVETONIVS *in Claudio c. 25. ut expoſita a dominis mancipia ægra & adfecta, libera eſſent, nec redirent in ditionem domini, ſi convaluiſſent. Quod ſi quis necare mallet, quam exponere, cædis crimine teneretur.* Ein gleiches berichtet DIO CASSIVS *in Hiſt. Impp lib. LX.* p. 788. Nicht lange hernach wurde der *Lex Petronia* A. V. C. 813. gegeben, darin verboten ward, daß die Herren ihre Knechte nicht nach Gefallen mit den wilden Thieren ſolten kämpfen laſſen, wenn nicht vorher die Urſach

von

von dem Richter wäre erwogen worden. RADVLPHVS FORNERIVS *lib. II. Rer. Quotid.* c. 29. HOTOMANNVS *de Legibus* p. 30. L. 11. D. *ad* L. *Corn. de Sicariis.* Hernach kam *Hadrianus*, welcher den Knechten noch mehr favorisirte: denn es ließ derselbe nicht allein eine gewisse Dame, Namens *Umbricia*, welche ihre Mägde um geringer Ursachen willen übel tractiret hatte, relegiren, L. 12. §. *ult.* D. *h. t.* sondern erneuerte auch den legem Petroniam, und verbot überhaupt einen Knecht umzubringen, nisi causſa a iudice cognita. SPARTIANVS *in Hadriano* c. 18. Sodann setzte auch der Keiser *Antoninus Pius*, daß ein Knecht, wenn er gleich über einem Verbrechen ertappt würde, nicht solte getödtet werden, nisi ex iusta causſa. L. 53. §i 3. D. *de Legatis I.* L. 96. D. *de Verb. Obl.* Eben derselbe verordnete auch, daß die Knechte, wenn ihre Herren gegen sie tyranniſirten, oder garſtige Dinge mit ihnen verübten, solten verkauft werden, und zwar auf gute Bedingungen. Also durfte kein Knecht verkauft werden, unter der Bedingung, daß ihn der zukünftige Herr in Ketten und Banden halten, oder niemals frei laſſen solte. L. 9. §. 1. D. *h. t.* L. 17. §. *penult.* D. *de Ædilitio edicto.* Ja es waren die Keiser auch darauf bedacht, den Knechten gewisse Frei-Stätten auszumachen, wohin sie sich bei der Grauſamkeit ihrer Herren retiriren konten. L. 17. §. 12. D. *de Ædilitio edicto.* L. 28. §. 7. D. *de Pœnis.* SVETONIVS *in Auguſto* c. 17. *in Tiberio* c. 53. TACITVS *lib. III. Annal.* c. 36. Und endlich kam der Keiser *Conſtantinus M.* und setzte, daß wenn einer seinen Knecht züchtigte, und denſelben todtſchlüge, der solte nach dem Lege Cornelia de Sicariis geſtrafet werden: wäre aber solcher Todtſchlag durch die tormenta verurſacht worden, oder der Herr hätte der Knecht vorsetzlicher Weise todtgeſchlagen, derselbe solte als ein Mörder mit der ordentlichen Strafe angeſehen werden. L. *un. Cod. de emend. ſerv.*

§. 132. Frägt man nun, ob dieſes, was wir bishero geſagt haben, auch in Teutſchland, wo noch Knechte ſind, gelte? so fällt die Antwort alſo aus, daß zwar ehemals die Teutſchen, nach TACITI *de Mor. Germ.* c. 25. Zeugniß, das ius vitæ & necis über ihre Knechte ausgeübet haben, und daß aus den *Capitularibus regum Francorum* zu erſehen iſt, daß ſolches Recht die Herren gleichfalls gehabt, weil in denſelben ſtehet, wer einen Knecht umbrächte, solte in den Bann gethan werden: allein heut zu Tage fällt das Ius vitæ & necis hinweg, ob man gleich den Herren erlaubet, daß wenn ihre Knechte keinen Gehorſam leiſten wollen, ſie dieſelben mit Schlägen, Gefängniß, Ketten und Banden züchtigen können. An vielen Orten haben die Herren über ihre Knechte die hohe und niedere Gerichtsbarkeit, welche iurisdictio patrimonialis genennet wird, wovon wir in einer eigenen Diſſertation *de origine & indole iurisdictionis patrimonialis* umſtändlich gehandelt

haben. Es können zwar in Teutſchland die homines proprii verkauft, oder auch verſchencket werden: ſolches aber kan nicht anders als zugleich mit den Gütern geſchehen. So erwerben auch die Knechte bei uns nicht alles ihren Herren, ſondern wenn ſie ihren Zins geben und Dienſte leiſten, ſo iſt das übrige, was ſie erworben, ihr eigen, und ſie können es ihren Kindern hinterlaſſen, nur daß dem Herrn der Haupt-Fall, oder der Gewand-Fall verbleibe. (§. 85.) An einigen Orten iſt hergebracht, daß wenn ein homo proprius ſtirbt, ſich deſſen Erben mit dem Herrn in die Verlaſſenſchaft theilen, welches alles man aus eines ieden Landes hergebrachten Gewohnheiten und Gebräuchen erlernen muß: Wer mehr davon nachleſen will, der findet ſolches in unſern *Elementis Iuris Germanici.* Tom. I. *lib. I.*

Tit. IX.

De Patria Poteſtate.

§. 133. u. 134.

Bis hieher haben wir de poteſtate dominica geredet. Weil nun aber die Kinder keine perſonæ ſui iuris, ſondern alieno iure ſubiecti ſind: ſo wird hier de patria poteſtate in liberos ausführlich gehandelt. Es iſt aber hier vor allen Dingen zu mercken, daß die patria poteſtas zweierlei ſey: vel iuris gentium, vel iuris Romani. Jene haben alle Völcker mit einander gemein, und ſie hat ihren Urſprung aus der Erziehung: dieſe iſt nur bei den Römern bekannt geweſen, in welcher Abſicht der Keiſer IVSTINIANVS §. 2. *Inſt. h. t.* mit Recht geſchrieben: *nulli enim alii ſunt homines, qui talem in liberos habeant poteſtatem, qualem nos habemus.* Ferner giebt die patria poteſtas iuris gentium den Eltern nur dasjenige, was zu Erziehung der Kinder gehöret, z. E. daß ſie die Handlungen der Kinder dirigiren, und dieſelben ſtrafen können: aber die patria poteſtas Romanorum giebt dem Vater über die Kinder eben eine ſolche groſſe Gewalt, als die Herren über ihre Knechte haben. Sodann iſt die patria poteſtas iuris gentium beiderſeits Eltern gemein: aber die Römiſche Väterliche Gewalt hat nur der Vater allein, nicht aber die Mutter. Endlich höret die patria poteſtas iuris gentium auf, wenn die Kender ſeparatam oeconomiam anſtellen, dagegen die patria poteſtas Romanorum nicht eher als durch den Tod geendiget wird, oder der Vater die Kinder von ſeiner Gewalt freiwillig loszählet. Und daher gehet auch dieſe väter-

terliche Gewalt ſowol über die Enkel als Urenkel, wodurch der Unterſchied einem gar helle in die Augen leuchtet. Wir handeln hier gegenwärtig von der Römiſchen Väterlichen Gewalt, wovon 1) der Grund angegeben. (§. 135 - 137.) und 2) die Wirkung gezeiget wird. (§. 138. 139.) Sodann werden wir 3) die Veränderung, die ſich damit zugetragen (§. 140 - 143), und 4) die modos adquirendi patriam poteſtatem (§. 144.) betrachten.

§. 136. u. 137. Der Grund zu der Väterlichen Gewalt iſt das dominium Quiritarium, d. i. ein ſolches Eigenthum, welches niemand als den Quiritibus oder Römiſchen Bürgern zuſtunde. Denn obgleich andere Völcker über ihre Kinder eine ziemliche Herrſchaft ausgeübet haben, wie ſolches von den Perſern ARISTOTELES *lib. VIII. Ethic.* c. 10. und von den Galliern CÆSAR *lib. V. de bello Gallico* c. 19. meldet, ſo muß man doch geſtehen, daß CAIVS in L. 3. *de his qui ſui vel alieni iur. ſunt.* mit Recht ſchreiben können, ius hoc proprium eſt civium Romanorum. Daher iſt zu mercken, daß die Kinder in Anſehung des Vaters nicht für Perſonen, ſondern pro rebus gehalten worden. Die Knechte waren reſpectu nullius hominis perſonæ, die Kinder aber in Anſehung anderer Menſchen, aber nicht reſpectu patris. Weil nun alſo die Kinder in Anſehung des Vaters den Sachen beigezählet wurden, nicht aber perſonæ waren: ſo konte es nicht anders kommen, als daß dieſelben gleich andern Sachen in dominio patris ſeyn muſten. Alſo konten die Kinder wie andere Sachen vindicirt werden. L. 1. §. 2. D. *de rei vindic.* ſie konten geſtohlen werden, und es fand alsdenn die actio furti ſtatt, L. 14. §. 13. L. 38. §. 4. D. *de furtis.* Ja endlich konten dieſe Kinder auf eine ſolenne Weiſe mancipirt werden. Und daher hat der gelehrte Herr Præſident, CORNELIVS VAN BYNKERSHOEK in Comment. *de iure occidendi liberos cap I.* p. 145. ſeqq. zuerſt gezeiget, daß dieſe patria poteſtas Romanorum nichts anders als ein dominium Quiritarium geweſen ſey. Aus dieſem Grunde flieſſet das axioma: quacunque poteſtate domini utebantur in ſervos aliasque res ſuas, eadem parentes utebantur in liberos iure Romano. Ja es waren die Kinder in vielen Stücken noch ſchlimmer als die Knechte daran. Denn die Knechte konten nicht mehr als einmal verkauft werden, und wenn ſie einmal manumittirt waren, blieben ſie beſtändig frei. Hingegen konten die Kinder von dem Vater dreimal verkauft und zweimal manumittirt werden, kamen doch aber allezeit wieder in die Väterliche Gewalt. Dieſes war von dem Grunde der Väterlichen Gewalt und dem daraus gezogenen Principio zu mercken: wir wollen nun aber die Wirckungen anſehen, die daraus entſtehen.

§. 138. Die Effectus der väterlichen Gewalt ſind von dreierlei Art: einige kommen ex dominio Quiritario her, von welchen im gegenwärtigen §pho gehan-

gehandelt wird; andere entſtehen daraus, daß die filii filiæve familias reſpectu patris keine Perſonen, ſondern res ſeyn, wovon §. 139. geredet wird. Die effectus patriæ poteſtatis, welche aus dem dominio Quiritario entſtehen, ſind folgende: 1) daß der Vater das ius vitæ & necis über ſeine Kinder hat L. 11. D. *de lib. & poſtum.* Es war dieſes eine ſehr groſſe Gewalt, welche *Romulus* in Rom eingeführet hatte, wie davon DIONYSIVS HALICARN. *lib. II. Antiq. Rom.* c. 27. 28. ein unverwerflicher Zeuge iſt. Es ſtehet dem auch nicht entgegen, wenn VLPIANVS in L. 8. D. *de his qui ſunt ſui vel alieni iuris* ſaget, daß die patria poteſtas moribus recipirt ſey. Denn VLPIANVS ſiehet hier auf die LL. XII. *Tabb.* in welchen dieſes Recht nicht als ein *Lex Regia*, ſondern als ein Herkommen angenommen worden. Dieſes ius vitæ & necis iſt nicht ſo zu nehmen, als ob die Römer ihre Kinder pro lubitu hätten umbringen können. Denn alsdenn wäre ſolches kein ius vitæ & necis, ſondern ſumma iniuria geweſen, ſondern es iſt von der Befugniß zu verſtehen, da der Vater als ein iudex domeſticus den Kindern, welche Verbrechen begangen, konte eine Strafe auflegen, ſolte es auch eine pœna capitalis geweſen ſeyn: und da hatte der Vater nicht nöthig die Sache erſt bei der Obrigkeit zu rügen. Daher konte der Vater nicht allein ſeine Kinder ausſetzen, ſondern auch dieſelben ins Gefängnis werfen und geiſſeln laſſen, oder ſie ſonſt mit einer Strafe belegen. Ja, wenn ſie es verdienet hatten, konte er ſie gar tödten laſſen, wovon SIMPLICIVS *in Commentario ad Epicteti Enchiridion* c. 37. alſo ſchreibet: *Antiquæ Romanorum leges, reſpicientes, tum ad eam, quæ a natura eſt, eminentiam, tum ad labores, quod pro liberis parentes ſuſtinent, volentes præterea liberos parentibus ſine exceptione ſubjectos eſſe, credo etiam conſiſæ naturali parentum amori, & venumdandi, ſi vellent, liberos, & impune interficiendi ius dederunt.* Man wundert ſich dahero billig, daß LIBANIVS *Declam.* 21. dieſe Härtigkeit der Römiſchen väterlichen Gewalt nicht eingeſtehen will, und den Vätern weiter nichts als τὴν ἀπειλὴν τεθηκέναι, comminationem mortis zuſtehet. Ein anders überzeugen uns die Exempel, da die Väter zu Hauſe die Verbrechen ihrer Kinder unterſuchet, und nach Beſchaffenheit der Sachen dieſelben mit Strafen beleget haben. SENECA *de elementia lib. I.* c. 15. Auf ſolche Art wurde *Fabii Eburni* Sohn, wie auch *Caſſius*, *Scaurus*, *Fulvius* geſtrafet QVINCTILIANVS *Declam.* 111. VALERIVS MAXIMVS *lib. V.* c. 8. SALLVSTIVS *de bello Catil.* c. 39. Was die Ausſetzung der Kinder betrift, ſo haben davon die beeden gelehrten Männer GERARDVS NOODT *in Iulio Paulo* und der Herr BYNKERSHOECK *de iure occidendi liberos* ausführlich gehandelt. Nach den Geſätzen *Romuli* konten die Kinder männlichen Geſchlechts und aus den weiblichen die erſtgebornen Töchter nicht ausgeſetzet werden. DIONYSIVS HALICARN. *lib. II.* p. 88. Es gerieth aber dieſes Geſätz hernach in Vergeſſenheit, und man

man findet unter den Keiſern unterſchiedene Exempel, daß die Kinder weggeſetzet worden, obgleich die Eltern ſchuldig waren, die Kinder zu erziehen. L. 5. *princ.* & §. 1. D. *de agnoſc. & alend. lib.* Die Exempel findet man bei SVETONIO *in Octavio* c. 65. *in Caligula* c. 5. TACITO *lib. V. Hiſtor.* c. 5. TERTVLLIANO *ad Nation. lib. I.* c. 15. Und hat dieſe Weiſe noch unter *Dioclesiano* und *Maximiano*, ja unter *Conſtantino M.* gewähret, bis endlich die Keiſer *Valentinianus, Valens* und *Gratianus* in L. 2. *Cod. de infant. expoſit.* ſolche verboten, welches NOODT *in Iulio Paullo* c. 4. 5. 6. bewieſen hat. Da derſelbe aber in den Wahn geſtanden, daß dieſe Grauſamkeit von den Geſätzen erlaubet geweſen: ſo hat der Herr BYNCKERSHOECK in Opuſc. *de iure occidendi liberos* c. 7. p. 189. ſeqq. das Gegentheil mit vieler Gelehrſamkeit dargethan. So konte auch 2) ein Vater vermöge dieſes dominii Quiritarii ſeine Kinder dreimal verkaufen. Denn hatte ein Vater ſeinen Sohn das erſtemal als einen Knecht verkauft, und derſelbe erhielt durch die Manumiſſion ſeine Freiheit: ſo konte er doch wieder von dem Vater verkauft werden. Ward er nochmals manumittirt, er fiel dem ohngeachtet wieder unter die väterliche Gewalt, und konte zum drittenmal verkauft werden. Erhielt er aber die Freiheit zum drittenmal: ſo ging er alsdann aus der väterlichen Gewalt, wovon DIONYSIVS HALICARN. *lib. II. Antiq. Rom.* p. 97. und SIMPLICIVS *in Comment. ad* EPICTETI *Enchiridion* c. 37. Bericht erſtatten. Dieſes Geſätz iſt hernach mit in die *Leges XII. Tabb.* gekommen, allwo es hieß: *Endo liberis iuſtis, ius vitæ necis venumdandique poteſtas ei eſto. Si pater filium ter venumduit, filius a patre liber eſto.* IACOBVS GOTHOFREDVS *in Quat. Font. iur. civ. de Legibus XII. Tabb. Tab. IV.* Es haben zwar ALEANDER *ad Caji Inſtitut.* p. 56. und IAC. GOTHOFREDVS *ad LL. XII. Tabb.* p. 202. den obangeführten DIONYSIVM HALICARNASSEVM eines Irrthums beſchuldigen wollen, da ſie glauben, es wäre unter dem Geſätze *Romuli* nur die trina imaginaria venditio, welche in emancipationibus beobachtet worden, zu verſtehen; allein ſie haben ſich ſelbſt ſehr geirret. Denn dieſe Solennität des dreifachen Scheinkaufs war eine legis actio, die legis actiones aber ſind ja erſt aus den *Legibus XII. Tabb.* entſtanden, wie dieſes ſo wohl der Herr SCHVLTING *ad Vlpiani Fragm.* p. 592. und THOMASIVS in diſſ. *de Vſupractico tituli Inſtit. de patria poteſtate* §. 1. angemercket haben. Dieſes ſcharffe Geſätz des Königes *Romuli* hat deſſen Nachfolger *Numa Pompilius* in etwas gemäßiget, da er den Vätern die Gewalt benommen, daß ſie die Söhne, welchen ſie zu heurathen erlaubet, nicht verkaufen dürfen. DIONYSIVS HALICARN. *lib. II.* p. 98. Eben dieſe väterliche Gewalt begrif 3) das Recht die Kinder, wenn ſie Verbrechen begangen hatten, z. E. geſtohlen, geraubet, oder Schaden gethan, dem Beleidigten zu ſeiner Satisfaction auszuliefern. §. 7. *Inſt. de noxal. act.* Denn dazu mu-

ſte ſich der Vater entweder verſtehen, oder alsdenn ſich gefallen laſſen, den Schaden gut zu thun. Und hierin waren die Kinder nicht anders anzuſehen, als die Knechte und das Vieh. Doch war dabei dieſer Unterſchied zu finden: liberi homines noxæ dati waren zwar in der Knechtſchaft, aber deswegen waren ſie noch keine Knechte. QVINCTILIANVS *lib. VII. Inſtit. Orat.* c. 3. & *Declam.* 311. CVIACIVS *lib. XIII. Obſervat. c.* 9. Wenn dahero dieſelben ſo viel erworben hatten, als ſie Schaden gethan: ſo muſten ſie wieder manumittirt werden. Alsdann wurden ſie nicht als libertini angeſehen, ſondern ſie behielten ihre ingenuitatem, eben wie diejenigen, welche von dem Vater waren verkauft worden. QVINCTILIANVS *lib. V. Inſtit. Orat.* c. 10. So konten auch 4) die Kinder ſich nichts erwerben, ſondern wenn ſie etwas profitirten, ſo gehörte ſolches dem Vater zu. SEXTVS EMPIRICVS *Pyrrh. Hyp. lib. III.* c. 24. kan uns davon unterrichten, da er ſchreibet: *Legum Romanarum auctores liberos in manu parentum ad inſtar ſervorum eſſe voluerunt, neque ſuorum bonorum ipſos eſſe dominos, ſed parentes, donec manumittantur eo modo, quo mancipia ſolent.* So ſchreibet auch DIONYSIVS HALICARN. *lib. VIII. Antiqu. Rom.* c. 91. *Romanis filiis nihil proprii eſt vivis parentibus, ſed & pecunias & corpora liberorum patribus ad eorum arbitrium tradidit lex Romuli.* Jngleichen SENECA *lib. VI. de benef.* c. 4. *Omnia patris ſunt, quæ in liberorum ſunt manu.* Endlich ſo waren nicht alleine die filii filiæve familias unter der väterlichen Gewalt, ſondern auch die Enckel und Enckelinnen unter des Groß-Vaters Gewalt, der Urenckel und die Urenckelinnen unter des Urälter-Vaters Gewalt. Denn die Römer raiſonnirten alſo: cujus eſt res, ejus etiam acceſſio eſt. Und gleichwie ſie ſich die Kinder der Knechte vindicirten, alſo thaten ſie dieſes auch mit ihren Kindes-Kindern. §. 3. *Inſt. h. t.* Wir haben aber in dieſen Spho nicht ohne Urſache geſetzet, ex filiis: alſo iſt dieſes nur zu verſtehen von den Enckeln, die von eines Vaters Sohne erzeuget ſind. Solte jemand fragen: warum die Enckel von der Tochter nicht unter die Großväterliche Gewalt gehöreten, dem dienet zur Nachricht, daß die Töchter durch die Verheurathung in eine andere Familie kommen, und dahero ihre Kinder unter die Gewalt ihres Vaters fallen. L. 19. D. *de ſtatu hominum.* Wiewohl vinculum nepotum nicht ſo ſtarck war, als vinculum filiorum, und daher hatten der Vater und Groß-Vater gantz unterſchiedene Rechte, wie dieſes aus einigen Stellen der Pandekten, z. E. L. 20. D. *ad* L. *Iul. de adult.* L. 8. D. *de inj. rupt. irrit.* L. 29. §. 10. D. *de lib. & poſtum.* zu erſehen iſt. Welches auch MERILLIVS *lib. II. Obſervat.* c. 4. wohl eingeſehen, und aus einer Stelle SENECÆ *lib. IX. Contr.* 5. ſchön erläutert hat.

§. 139. Wir müſſen nun aber auch die Wirckungen anſehen, welche daraus flieſſen, daß die Kinder in Anſehung des Vaters keine Perſonæ, ſondern

dern res ſeyn. (§. 135.) Daraus folget nun, daß der Vater und Sohn in negotiis privatis für eine Perſon gehalten werden. *L. ult. Cod. de impub. & al. ſubſt.* Daher konte der Vater alles an ſtatt ſeines Sohnes thun, und der Sohn konte den Vater zwar etwas, aber ſich ſelbſt nichts ſtipuliren. Allein man muß hier wohl mercken, daß dieſes nur von den negotiis privatis zu verſtehen ſey: denn ſind es negotia publica, da findet die Regel ſtatt, in muneribus publicis filiifamilias pro patribus familias habentur, und dahero konte ein filiusfamilias Burgemeiſter, Stadt-Richter oder eine andere Obrigkeitliche Perſon ſeyn. L. 9. D. *de his qui ſui vel alieni iuris ſunt.* BYNCKERSHOECK *lib. I. Obſerv.* c. 18. p. 75. Es hat hierbei GELLIVS *in Noct. Attic. lib. II.* c. 2. dieſen Unterſcheid gemacht, daß wenn ein ſolcher filiusfamilias an öffentlichen Oertern mit öffentlichen Handlungen zu thun habe; ſo ruhe alsdenn die väterliche Gewalt: in häußlichen Handlungen aber extra rempublicam, da habe die väterliche Gewalt ihre vollkommene Wirckung. Wenn aber ein ſolcher filiusfamilias bei Führung ſeines Obrigkeitlichen Amts etwas unternahm, welches dem Staat ſchädlich war: ſo hatte der Vater die Gewalt, ihn darüber zu ſtrafen, wovon wir bei VALERIO MAXIMO *lib. V.* c. 8. ein artig Exempel finden. Es wird nicht unnütze ſeyn, wenn wir hierbei die Frage aufwerfen: ob ein filiusfamilias kan Richter ſeyn in ſeines Vaters Sache? Dieſes erlauben nun zwar unſere Rechte nicht; ſie laſſen aber zu, daß er zum Schieds-Richter durch die Parteien ſelbſt choiſirt wird, welches bei einem Richter ſich gantz anders verhält. L. 5. 6. *Cod. de recept. & qui arbitr. receper.* Ferner folget 2) daraus, ut nulla inter patrem & filiumfamilias ſit actio, nulla obligatio, nulla lis, nullus contractus, weil niemand ſich mit ſich ſelbſt verbinden, mit ſich klagen, oder mit ſich contrahiren kan. So flieſſet auch aus obigen principio 3), daß der Vater ſeinen Kindern kan Vormünder ſetzen. §. 3. *Inſt. de Tutela.* Dieſes kommt her aus den LL. XII. *Tabb.* nach welchen es heiſſet: *paterfamilias uti legaſſit ſuper pecuniæ tutelæve ſuæ rei, ita ius eſto.* Es iſt dieſe Gewalt ſchon zu den Zeiten der Römiſchen Könige bekannt geweſen, wie aus LIVIO *lib. I.* c. 34. zu erſehen iſt, hernach aber von den Decemviris in die fünfte Tafel mit eingerücket worden: denn weil die Kinder in domino patris waren, (§. 136.) ein Herr aber von ſeinen Sachen teſtiren konte: ſo konte auch der Vater im Teſtament ſeinen Kindern Vormünder geben, und ſetzen, wie er es nach ſeinem Tode wolte gehalten wiſſen. Und hieraus inferirten die Römer 4), daß die Väter ihren Kindern pupillariter ſubſtituiren könten, d. i. daß ſie im Teſtament könten ſetzen: Ille filius, ſi intra pubertatem deceſſerit, illum ſubſtituo, wie dieſe Formel ſich in CAII *Inſtitut. lib. II. Tit. IV.* findet. Endlich inferirten auch die Römer 5) daraus, daß ein filiusfamilias ohne ſeines Vaters Wiſſen und Willen, nichts wichtiges vor-

nehmen konte, daher konte er keine Frau nehmen, nichts borgen, oder ſonſt was thun, wenn nicht der Vater dazu ſeinen Willen gab. Von welchen allen unten an ſeinem Ort umſtändlich ſoll gehandelt werden.

§. 140. Es leidet aber dieſe väterliche Gewalt gar viele Veränderungen, a) circa ius vitæ & necis (§. 140.). b) Circa venditionem liberorum (§. 141.). c) Circa adquiſitionem per liberos (§ 142). d) Circa noxæ dationem. Die erſte Veränderung der Römiſchen Väterlichen Gewalt leget ſich in iure vitæ ac necis zu Tage. Denn da iſt α) heut zu Tage nicht erlaubt, die Kinder zu tödten, ſondern der Vater kan dieſelben nur mäßig züchtigen. L 3. *Cod. de patr. poteſt.* L. *un. Cod de emend. propinqu.* So kan auch β) der Vater nicht mehr über ſeine Kinder Richter ſeyn, ſondern dieſes Richter Amt gehöret der Obrigkeit, welcher doch der Vater das Urtheil kan vorſchreiben, wenn das Verbrechen, ſo der Sohn begangen, ihm ſelbſt betrift. L. 3. *Cod. de patr. poteſt.* da ehemals der Vater, wenn er welche von ſeinen Kindern tödtete, kein parricidium begehen konte. L. 1. D. *ad* L. *Pompej. de Parricid.* Heut zu Tage aber verhält es ſich gantz anders, und der Vater kan als ein parricida geſtraft werden, wenn er ſeinen Sohn oder Tochter umgebracht hat. Die Urſach dieſer Veränderung lieget darin: entweder der Vater iſt nachläßig, oder grauſam, oder gerecht. Iſt er nachläßig, ſo wird er dem Sohne, wenn er auch der gröſte Böſewicht wäre, leichtlich vergeben. Iſt er grauſam, ſo wird er ſich ſeines Rechts mißbrauchen, obgleich der Sohn noch ſo unſchuldig iſt. Iſt endlich der Vater ein gerechter Mann, ſo wird er die Gerechtigkeit gegen ſeine Kinder mit dem gröſten Kummer und Schmertz alsdenn ausüben. Es iſt das Exempel von *Dracone* zu Athen bekannt, welcher, da er ein Geſätz gegeben, daß wer einen Ehebruch begehen würde, derſelbe beide Augen verlieren ſolte, hernach aber, als ſein Sohn dieſes Verbrechens ſchuldig befunden ward, bat, man möchte ihm das eine, und ſeinem Sohne das andere Auge ausreiſſen. Daher iſt das ſicherſte Mittel, wenn dieſes ius vitæ & necis von der Obrigkeit, und nicht von den Eltern, ausgeübet wird. Es fragt ſich aber: zu welcher Zeit dieſes harte Recht abgekommen? die Rechtsgelehrten ſind in Beantwortung dieſer Frage nicht einig. RÆVARDVS *ad* LL. XII. *Tabb.* c. 3. glaubet, daß ſchon vor Austreibung der Könige dieſes ius vitæ & necis den Vätern genommen worden: allein er hätte das Gegentheil aus DIONYSII HALICARNASSEI *Antiq. Rom. lib. II.* p. 97. erſehen können, welcher berichtet, daß die Decemviri ſich nicht unterſtehen wollen, das Geſätz des Königes *Romuli* zu ändern. So kan auch BALDVINI Meinung nicht ſtatt finden, da er ſich *ad* LL. *Rom. XVII.* p. 24. überredet, daß den Vätern das ius vitæ & necis zu den Zeiten des Keiſers *Auguſti* entriſſen worden. Vielmehr wiſſen wir gewiß,

wiß, daß ſolches unter dem Keiſer *Traiano* geſchehen ſey, wie aus dem L. *ult. D. Si a parente quis manum. ſit.* erhellet. Dieſem folgte *Hadrianus*, welcher einen Vater, der ſeinen Sohn wegen Verdacht eines Ehebruchs auf der Jagd getödtet hatte, deportiren ließ. L. 5. D. *ad* L. *Pompeiam de Parricidiis. Antoninus Pius* und *Caracalla* ſuchten dieſe Gewalt gleichfalls zu beſchneiden, wie aus dem L. 13. §. *ult.* D. *de re militari.* L. 2. D. *ad* L. *Corn. de Sicar.* erhellet. Und ſeit dieſer Zeit pflegten die Eltern ihre Kinder wegen begangener Verbrechen der Obrigkeit zur Strafe zu übergeben: und endlich wurde dieſes ius vitæ & necis durch ein Geſätz des Keiſers *Valentiniani* auf die Obrigkeit gebracht. L. *un. Cod. de emend. propinqu.* Es verdienet hiervon die ſchöne Diſſertation des Hrn. THOMASII *de Vſupract. tit. Inſt. de patria poteſtate* nachgeleſen zu werden. Es finden ſich zwar einige Rechtsgelehrte, welche in den Wahn ſtehen, daß dieſes ius vitæ & necis noch lange Zeit hinaus, und wohl gar bis auf die Zeiten *Valentiniani*, *Valentis* und *Gratiani* gedauert habe, welche aber der Herr Præſident BYNCKERSHOEK *de iure occidendi liberos* c. 2. p. 153. gründlich wiederleget hat.

§. 141. Die zweite Veränderung geſchahe darin, daß den Vätern nicht mehr erlaubet wurde, ihre Kinder dreimal zu verkaufen. Zu den Zeiten *Diocletiani* war dieſe Weiſe ſchon in Abnahme gerathen, man hatte ſie aber deswegen noch nicht aufgehoben. Daher ſetzte der Keiſer DIOCLETIANVS in L. 2. *Cod. de patrib. qui fil. ſuos diſtrax.* daß die Kinder gar nicht mehr ſolten verkaufet werden: obgleich der Herr BYNCKERSHOECK *de iure occidendi liberos* c. 6. p. 183. muthmaſſet, daß dieſe Verkaufung ſchon zu den Zeiten *Hadriani* verboten geweſen. Nach dieſen kam *Conſtantinus M.* und verordnete, daß die Eltern die Kinder nur in gewiſſen Fällen verkaufen ſolten. Alſo konten die Eltern ihre Kinder verkaufen a) wegen äuſſerſter Armuth, wenn ſie weder ſich, noch die Kinder ernähren konten; ſo konten auch die Eltern b) nur die liberos ſanguinolentos, i. e. recens natos & nondum ablutos verkaufen. Aber warum hat denn der Keiſer *Conſtantinus M.* erlaubet, nur liberos ſanguinolentos zu verkaufen? Dieſes that der Keiſer *Conſtantinus M.* deswegen, damit er die Ausſetzung der Kinder vermeiden möchte, wie dieſes Hr. HVBER *in Digreſſionibus lib. II.* c. 5. wohl gezeiget hat. Denn die Römer pflegten die Kinder, die ſie nicht erziehen wolten, entweder an einen einſamen oder öffentlichen Ort, wie zu Rom die columna lactaria war, auszuſetzen, wovon FESTVS p. 303. ſchreibet: *Lactaria columna in foro olitoris dicta, quod ibi infantes lacte alendos deferebant.* Sodann geſchahe es auch deswegen, weil nicht zu vermuthen war, daß ſich ein Käufer zu einem ſolchen Kinde finden würde, welches er erſt hätte erziehen, und lange warten müſſen, bis es ihm Dienſte zu leiſten im Stande geweſen. Ja,

damit die Verkaufung ſolcher Kinder gantz und gar aufhören möchte: ſo ſetzte der Keiſer *Conſtantinus* M. nicht lange hernach, daß die Eltern, welche ſehr arm wären, die Lebens-Mittel von dem Keiſerlichen Fiſco bekommen ſolten. L. 1. & 2. *Cod. Theodoſ. de aliment. quæ inop. parent. e publico petere debent.* *Abhorret*, ſagt der Keiſer, *noſtris moribus, ut quemquam famæ conſici, vel ad indignum facinus prorumpere concedamus.* Und daher hat FRANCISCVS BALDVINVS *in Commentario de Legibus Conſtantini M. lib. II.* p. 166. dieſen Keiſer groſſe Lobſprüche beigeleget.

§. 142. Die dritte Veränderung mit der väterlichen Gewalt gehöret ad adquæſtum per liberos: Denn was die Kinder heut zu Tage erwerben, gehöret nicht den Eltern zu, ſondern es iſt ihr eigen. Man überließ den Kindern gewiſſe peculia, welche aber von ſo unterſchiedener Art ſind, daß in dem einem dem Vater mehr, in dem andern weniger Recht zugeſtanden wird. Die Gelegenheit will es ietzo nicht leiden, hiervon ausführlich zu reden: man gedulde ſich aber, bis wir auf das zweite Buch im neunten Titel kommen werden, da alsdenn davon umſtändlich ſoll gehandelt werden.

§. 243. Die vierdte Veränderung der Väterlichen Gewalt ereignet ſich darin, quod filii hodie non amplius poſſint noxæ dari. Denn dieſes Recht hat der Keiſer IVSTINIANVS §. 7. *Inſtit. de noxal. Act.* geändert, und wenn alſo ein filiusfamilias ein Verbrechen begehet, ſo kan er deswegen directo belanget werden. L. *ult. Cod. de furt. & ſerv. corrupt.* L. 33. 34. D. *de noxal. act.* L. 4. D. *de condict. furt.* L. 39. D. *de Obligat. & action.* Die fünfte Veränderung der Väterlichen Gewalt iſt auch darin zu ſehen, daß heut zu Tage die Groß-Väter nicht an allen Orten die Gewalt über ihre Enkel haben, weil heut zu Tage die Kinder ſelten eher Weiber zu nehmen pflegen, als wenn ſie dieſelben ernähren können: haben ſie nun Mittel, ſolches zu thun, ſo ſtellen ſie ſeparatam oeconomiam an, und kommen alſo dadurch mehrentheils aus der väterlichen Gewalt. Was die andern effectus betrift, ſo finden ſich etliche derſelben noch heut zu Tage, andere aber fallen hinweg. Wir hatten oben den Satz: nulla inter patrem & filium eſt actio, nulla obligatio. Allein bei uns in Teutſchland bezeuget BAVNNEMANN *ad L. 4. D. de Iudiciis*, daß es ſich anders verhalte.

§. 144. Nunmehro ſind noch übrig die modi adquirendi patriam poteſtatem, allwo wir zwiſchen den Knechten und Kindern eine groſſe Gleichheit antreffen, von welchen wir oben (§. 137.) geſagt haben, daß dieſelben von einander ſehr wenig unterſchieden ſind. Quemadmodum itaque ſervi aut naſcuntur, aut fiunt, (§. 81.) ſic quoque liberi aut naſcuntur, aut fiunt. Naſcuntur liberi ex iuſtis nuptiis. Denn hier iſt die Haupt-Regel zu mercken: Pater eſt, quem iuſtæ nuptiæ demonſtrant; nur muß einer zur rech-

rechten Zeit, d. i. im ſiebenden Monat nach der Hochzeit gebohren ſeyn. L. 6. D. *de his, qui ſui vel alieni iuris ſunt*, oder im zehnten Monat nach des Vaters Tode. L. 3. §. 11. D. *de ſuis & legit. hered.* L. *penult. Cod. de poſtum. her. inſtit.* Quæritur: an natus ex ſponſa ſit legitimus? Wir antworten darauf, ja, ob L. 11. *Cod. de Nat. lib.* Denn es war bei den Römern ſolus conſenſus genug, welcher ſchon die Ehe machte. Aber heut zu Tage kan man dieſes nicht behaupten, es wäre denn, daß in den Landes-Geſätzen ſolches verordnet worden. Iſt aber dieſes nicht: ſo iſt einer ſolchen Braut, cui ſponſus abſtulit amores, zu rathen, daß weil hier ein diſſenſus ICtorum iſt, ſie den Landes-Herrn angehe, der das matrimonium pro iuſto erklären kan. Fiunt vero etiam liberi aut per adoptionem, aut per legitimationem. Da nun alſo drei modi adquirendi patriam poteſtatem ſind, nemlich: nuptiæ, adoptio, & legitimatio; ſo ſoll von dieſen modis beſonders gehandelt werden. Daher werden wir in den folgenden Titel de Nuptiis und de Legitimatione, in dem eilften Titel aber de Adoptione handeln.

Tit. X.

De Nuptiis.

§. 145.

Der erſte modus, die väterliche Gewalt zu erlangen, iſt matrimonium: weswegen in gegenwärtigen Titel davon geredet wird. Man muß aber hierbei vor allen Dingen mercken, daß die iura circa nuptias gar ſehr unterſchieden ſind. Denn anders iſt iuſtum in dem Natur- und Völcker-Recht, anders nach dem iure canonico, anders nach dem iure civili, und denn wieder anders nach dem iure Proteſtantium. Z. E. das Natur- und Völcker-Recht weiß nichts von den unterſchiedenen ritibus nuptialibus; das ius Canonicum hält dieſelben für nöthig, weil nach deſſen Grundſätzen die Ehe ein Sacrament iſt: das ius civile ſagt, conſenſus facit nuptias, und endlich verwerfen die Proteſtanten die Lehre von dem Sacrament der Ehe, und überlaſſen die Gebräuche dabei einer ieden Obrigkeit. Damit nun nicht nach der Weiſe einiger alles möge untereinander geworfen werden: ſo wollen wir von dieſen Rechten mit Unterſchied reden. Wird alſo gefragt, 1) quid ſint nuptiæ? (§. 146. 147.) 2) quibus ritibus ineantur? (§. 148.) 3) qui-

quinam possint inire matrimonium? (§. 149 - 163.) 4) quænam sit iustarum nuptiarum poena? (§. 164.)

§. 146. Was die definitionem nuptiarum anbetrift; so definiren die Doctores iuris naturæ & gentium die nuptias also: nuptiæ sunt viri & mulieris conjunctio, ad liberos procreandos comparata. Also wird in dem natürlichen Recht nicht gefragt, ob zwei oder mehr Personen sollen mit einander verknüpffet werden? Ob diese Personen einander mit Blut-Freundschafft oder Schwägerschafft können verwandt seyn? Ob diese Verbindung stetig dauern soll? Denn alle diese Dinge sind durch gantz andere Gesätze bestimmt worden. Nach dem natürlichen Recht ist es genug, wenn der Endzweck der Ehe erhalten wird, welcher in Erzeugung der Kinder bestehet. Also waren nach dem natürlichen Recht die Verbindungen der Kinder Adams unter Brüdern und Schwestern iustæ nuptiæ, weil damals keine andere Gesätze vorhanden waren, durch welche ihnen dieses verboten gewesen wäre. Nachdem iure civili sind nuptiæ, conjunctio maris & feminæ, consortium omnis vitæ, divini & humani iuris communicatio. L. 1. D. *de ritu nupt.* tamen individua. Diese Verbindung nennten die Römer matrimonium, weil nach ihren principiis es hieß, consensus facit nuptias, obgleich der Beischlaf nicht dazu gekommen war, wohin die textus notabiles L. 5. & 6. D. *de ritu nupt.* zielen. Sie nennten es aber auch coniunctionem maris & foeminæ, weil bei ihnen die polygamia simultanea verboten war. §. 6. 7. *Inst. de nuptiis.* Denn bei den Römern hat zwar *Cæsar* einen legem geben wollen, daß einer so viel, als er wolte, Weiber nehmen solte, wie SVETONIVS *in Cæsare* c. 52. berichtet. Und *Antonius* hat unter allen Römern zuerst zwei Weiber genommen: wie denn auch SOCRATES *in Hist. Eccles. lib. IV.* c. 26. erzehlet, daß der Keiser *Valentinianus* ein Gesätz gegeben, wodurch er die Polygamie dergestalt erlaubet, daß einer zwei Weiber zugleich haben könte. Dem ohngeachtet ist man bei der ersten Weise geblieben, und man hat zu Rom die Polygamos mit der poena stupri & adulterii beleget, L. 1. & 13. D. *de his, qui not. infam.* L. 2. *Cod. de incest. nupt.* L. 18. *Cod. ad L. Iul. de adult.* In der definition stehet auch, consortium omnis vitæ. Denn die Frau muste mit dem Mann in einem Hause wohnen; und daher kommen die Redens-Arten domum deducere, uxorem ducere Endlich heißt es auch, divini & humani iuris communicatio. Die Römer hatten ihre Haus-Götter, welche sie lares und penates nenneten, deren die Frau theilhaftig ward, eben auf die Art, wie sie in des Mannes Gewalt kam. Daher man sagte, die Weiber kämen in manus mariti, und wären als filiæfamilias anzusehen. DIONYSIVS HALICARN. *lib. II.* p. 95. Nach dem iure canonico sind die nuptiæ sacramentum laicis proprium, quo vir & mulier secundum præcepta ecclesiæ coniun-

iunguntur. *c.* 2. C. 32. *qu.* 2. Alſo nennen die Canoniſten die Ehe ein Sacrament. Denn es iſt bekannt, daß die Catholiſchen ſieben Sacramenta in ihrer Kirche haben, worunter die Ehe mit gerechnet wird. Sie nennen aber die Ehe Sacramentum laicis proprium, weil bekannt iſt, daß ſie die Geiſtlichen von der Ehe gantz und gar ausſchlieſſen. Denn bei ihnen gelten die bekannten Verſe TIBVLLI:

- - - - *Diſcedite ab aris,*
Quis tulit heſterna gaudia nocte Venus.

Ferner ſetzen ſie: quo vir & mulier ſecundum præcepta eccleſiæ conjunguntur, weil ſie der weltlichen Obrigkeit nicht erlauben, in Ehe-Sachen zu richten, oder Geſätze davon zu geben, ſondern ſie meinen, daß dieſe Ehe-Sachen der Gerichtbarkeit der Kirche, d. i. dem Pabſt und den Biſchöfen, unterworfen ſeyn. Gantz anders definiren die Proteſtanten die nuptias, welche bei ihnen ſind ſocietas maris & feminæ indiſſolubilis & divinitus inſtituta, ad generationem prolis & mutuum vitæ adjutorium ineunda. Alles, was in dieſer definition ſtehet, gründet ſich in der Heiligen Schrift. Es heiſſet: nuptiæ ſunt indiſſolubiles, denn der Evangeliſt Matthäus c. XIX. v. 6. saget: So ſind ſie nun nicht zwei, ſondern ein Fleiſch. Was nun GOtt zuſammen gefüget hat, ſoll der Menſch nicht ſcheiden. Ferner wird hinzugeſetzet, divinitus inſtituta ſocietas, welches ſich im 1 B. Moſ. c. II. v. 20. gründet. Wenn geſagt wird ad generationem prolis, ſo iſt der Grund im 1 B. Moſ. c. I. v. 28. zu ſuchen, da es heiſſet: Seyd fruchtbar und mehret euch. Wir haben noch dazu geſetzet, & mutuum vitæ adjutorium, welches aus angeführten Ort, *c. II. v.* 18. deutlich und klar erhellet. Dieſes war von den definitionen: Nun wollen wir dasjenige erläutern, was wir in den Scholio von den Römiſchen Manieren angemercket haben. Bei den Römern wurden die nuptiæ auf dreierlei Art eingegangen: 1) per confarreationem, 2) per coëmtionem und 3) per uſum. SERVIVS *ad* VIRG. *Georg.* I. CHARONDAS *ad* VLPIANI *Fragm.* p. 590. obgleich einige ſind, welche die confarreationem und coëmtionem für einen eintzigen ritum halten. Die confarreatio iſt der älteſte ritus geweſen, und ſchon von *Romulo* eingeführet worden, obgleich dieſes RÆVARDVS *ad XII. Tabb.* p. 95. läugnen will. Es geſchahe derſelbe in Gegenwart zehen Zeugen mit gewiſſen Worten und durch ein Opfer, wodurch die Frau in des Mannes Gewalt kam. DIONYSIVS HALICARN. *lib. II. Antiq. Rom.* p. 95. Dieſe Ehe hatte die Wirckung, a) daß die Frau die communionem ſacrorum gemeinſchaftlich erhielt, wovon DIONYSIVS HALICARN. *l. c.* ſchreibet: *mulierem nuptam, quæ iuxta leges ſacras convenerat cum viro, Romulus participem eſſe voluit omnium bonorum & ſacrorum.* Und daher war auch die deductio in domum nöthig, welche mit vielen Ceremonien

geſchahe, von welchen BRISSONIVS *de ritu nupt.* p. 223. ſeqq. handelt. Es konte auch keiner eine Frau per confarreationem heurathen, welcher nicht ſein eigenes Haus und lararium hatte. b) die vornehmſte Wirckung war, daß die Frau welche in manum mariti kam, eine materfamilias ward, und für eine Tochter gehalten ward. GELLIVS *lib. XVIII. Noct. Attic.* c. 6. Alſo wurde eine Frau auf dieſe Art von ihres Vaters Gewalt befreiet, wie dieſes NOTOMANNVS *de ritu nupt.* p. 298. ſo ſchön gezeiget hat, daß uns wundert, wie der Herr THOMASIVS in diſſ. *de Nuptiis* p. 22. ſolches läugnen können. Heurathete aber einer eine Frau per coëmtionem: ſo geſchahe dieſe coëmtio nicht allein von dem Bräutigam, ſondern auch von der Braut, wie dieſes VARRO bei NONIO *de propriet. Serm. lib. XII.* c. 50. erzehlet: *Veteri lege Romana aſſes tres ad maritum veniens ſolebat ferre, atque unum, quem in manu tenebat, tamquam emendi cauſſa, marito dare; alterum, quem in pede habebat, in foco larium familiarium ponere; tertium, in foccipetio, quem condiderat, compito vicinali ſolere reſonare.* Mit dem erſten aſſe geſchahe die coëmtio, wobei gewiſſe Worte nöthig waren. CICERO *de Orat. lib. I.* c. 56. PETRVS FABER *ad* L. 16. D. *de Reg. Iur.* p. 97. ſeq. Von welchen ritu ein mehrerers in des ſel. Geh. Raths Gundlings diſſ. *de coëmtione uxorum, dote & morgengaba* p. 15. zu leſen iſt. Die Coëmtio hatte eben die Wirckungen, wie die confarreatio. Denn die Frau kam auf eben die Art in manum mariti, und wurde eine materfamilias. S. THOMASII diſſ. *de Nuptiis* p. 26. ſeqq. Heurathete einer eine Frau per uſum, ſo geſchahe dieſes ſine confarreatione & coëmtione, und nur durch den Gebrauch oder Gewohnheit, z. E. wenn eine Frau mit Vollwort ihres Vormunds gewohnt geweſen, mit einem Manne ein gantzes Jahr zuſammen zu wohnen, und vor Ablauf deſſelben ſich nicht wegzubegeben: ſo wurde ſie pro uſucapta i. e. poſſeſſione quæſita gehalten. Eine ſolche Frau kam nicht in manum mariti, ward auch keine materfamilias, ſondern matrona. GELLIVS *c. l.* Daher konte auch die Frau dem Manne nicht ab inteſtato erben, noch der Mann alle Güter der Frau nomine dotis erhalten, ſondern der nächſte agnat war dazu Erbe. Jedoch konten beide bonorum poſſeſſionem erhalten ex edicto, *unde vir & uxor.*

§. 147. Aus den oben angeführten unterſchiedenen definitionen der Ehe flieſſen auch gantz unterſchiedene Gründe, nach welchen die Ehe-Sachen müſſen entſchieden werden: 1) Das natürliche Recht richtet ſich bei Endſcheidung der Ehe-Sachen nach dem Endzweck der Ehe, und hält daſſelbe für unrecht, was denſelben entgegen iſt. Z. E. die Ehe eines Verſchnittenen. 2) Das Römiſche Recht entſcheidet die Ehe-Sachen aus dem Wohlſtande und den Bürgerlichen Geſätzen. Daher konte niemand ſeine filiam adoptivam heurathen, obgleich keine Blutfreundſchaft dieſer Ehe eine Hinder-

dernis im Weg legete. §. 1. 9. *Inſt. h. t.* 3) Das Canoniſche Recht entſcheidet die Ehe-Sachen nach den Kirchen Geſätzen, oder welche der Römiſche Pabſt gegeben hat. Daher läßt daſſelbe den Geiſtlichen keine Ehe zu, ob gleich denſelben ſonſt keine Hindernis entgegen ſtehet. 4) Wir Proteſtanten richten uns in Entſcheidung der Ehe-Sachen nach den Göttlichen Rechten in heil. Schrift und nach der geſunden Vernunft. Daher wir auch den Geiſtlichen zugeſtehen zu heurathen, weil ſolche Ehen weder der heiligen Schrift, noch der geſunden Vernunft, entgegen ſind. Hieraus kan man leicht ermeſſen, daß aus dieſen unterſchiedenen Gründen auch ſehr unterſchiedene Lehren hervorkommen müſſen.

§. 148. Bisher iſt von den definitionibus nuptiarum ex mente iuris naturæ, Romani, canonici & proteſtantium gehandelt worden, jetzo wollen wir die ritus anſehen, wodurch eine Ehe kan eingegangen werden. Es iſt daher zu mercken 1) daß nach den Römiſchen Rechten ſolus conſenſus die Ehe mache, nicht aber der Beiſchlaf, oder die deductio in domum, welches nur effectus & complementum nuptiarum ſind. Daraus folgerten die Römer, daß auch einer abweſend eine Frau nehmen könte, weil der conſenſus allein zur Ehe hinlänglich war. L. 5. D. *de Ritu Nupt.* ja wenn ein ſolcher ſtarb, ſo muſte die Frau trauren L. 6. D. *eod.* Alſo galten auch die pacta dotalia ſtatim poſt nuptias, obgleich die Braut vor Beſchlagung der Decke geſtorben. 2) Wird nach dem Iure Canonico auſſer dem Conſens, benedictio ſacerdotalis, d. i. die Prieſterliche Einſegnung erfordert. Denn wenn dieſe nicht vorhergegangen, ſo heiſſet es, matrimonium eſt quidem ratum, ſed non legitimum, c. 7. 8. X. *de divort.* diß heiſſet ſo viel, es hat dergleichen Ehe nur effectus civiles nicht aber eccleſiaſticos. Denn die Kirche erkennet ſie nicht für Eheleute. 3) Bei den Proteſtanten wird erfordert *α*) conſenſus contrahentium, ohne welchen keine Ehe beſtehen kan L. 2. D. *de ritu nupt.* *β*) wird auch erfordert, daß die Gebräuche, welche an einem jeden Orte gelten, dabei müſſen beobachtet werden: wohin gehöret das Aufgebot, BORN. diſſ. *de Bannis nuptialibus*, die Prieſterliche Einſegnung im Angeſicht der Kirche, HOCHMANN *de ἱερολογία*, oder die Einſchreibung auf dem Rathhauſe. Daher verwerfen die Proteſtanten diejenige Ehe, wenn ein Mann mit einer Frau ſolche heimlich ſchlieſſet, ohne dabei die Prieſterliche Einſegnung zu erfordern. Die Frantzoſen nennen dergleichen Ehe, Mariage de conſcience: ſie iſt aber nichts anders als ein concubinat, ſiehe Hertii diſſ. *de matrimonio inſtaurato & conſcientiæ.* Auſſer dieſen wird in Teutſchland noch erfordert, daß die Decke muß beſchlagen ſeyn, wenn eins von den Eheleuten etwas lucriren will.

§. 149. Hier wird gefragt, was vor Personen heurathen können? Es sind hierbei folgende requisita zu merken, welche da seyn müssen, wenn einer heurathen will. Also wird a) erfordert, daß eine Manns-Person muß pubes seyn, d. i. ein Alter von 14. Jahren haben, eine Frauens-Person aber viri potens seyn, d. i. ein Alter von 12. Jahren haben. *princ. Inst. h. t.* Denn wenn sich dieses nicht findet: so kan auch keine Ehe eingegangen werden. Es würde auch solches dem Endzweck der Ehe gantz entgegen seyn, wenn man es zulassen wolte. Denn finis primarius matrimonii ist procreatio sobolis, welche aber nicht kan erhalten werden, wenn nicht die Personen, so sich vereheligen, das dazu erforderliche Alter haben. Es finden sich zwar Exempel, daß bei den Römern die Weibs-Personen sich verehliget haben, ob sie gleich bisweilen nur 10. Jahr alt gewesen sind, wovon uns eine Inschrift bei FABRETTO *in Inscript.* Cl. VIII. *n.* 186. überzeugen kan, allwo von einem Frauenzimmer *Valeria* gemeldet wird: *vixit annis XXII. con conjuge vixit. ann. XI. dieb. XXX.* Denn den Römern war sehr daran gelegen, solche Weiber zubekommen, welche noch in ihrer ersten Unschuld waren. Und es war solches auch so viel nöthiger, weil die jungen Frauenzimmer in ihrer zarten Jugend öfters verführet wurden. Welches aus PETRONII *Satyrico* an dem Exempel der *Quartillæ* erhellet, *quæ sibi Iunonis iram imprecatur, si meminerit, se virginem unquam fuisse.* Allein nachdem der *Lex Iulia & Papia* war gegeben worden, so wurden die Weiber, welche sich vor dem 12. Jahre geheurathet hatten, nur für quasi uxores gehalten, L. 17. D. *de reb. auct. ind.* Denn da hieß es, uxor esse non potest, quæ virum pati nequit. Siehe unsern *Commentarium ad Leg. Iuliam & Papiam*, p. 28. Das ius canonicum siehet bei Eingehung der Ehe nicht sowol auf das Alter der Personen, sondern vielmehr auf die Kräfte Kinder zu erzeugen c. 3. X. *de desponſ. impub.* Aber die Protestanten lassen solches gemeinen Leuten nicht zu, ob sie gleich solches Fürsten und Herren gestatten, jedoch mit diesen Unterschied, daß der Beischlaf aufgeschoben werde, bis die anni pubertatis erreichet sind. b) Wer heurathen will kan nur eine Frau nehmen, wie denn auch eine Frau nicht mehr als einen Mann haben kan. Denn alle Rechte verdammen die Polygamie. Nach dem iure civili ist dieselbe unerlaubt §. 6. 7. *Inst. h. t.* L. 2. *Cod. de incest. nupt.* L. 18. *Cod. ad* L. *Iul. de adulteriis.* So lassen auch die Göttlichen Rechte die Polygamie nicht zu, wie solches Matth. XIX, 8. seq. 1. B. Mos. II. 18. erhellet. Es wird aber hier von der Polygamia simultanea gehandelt, daß einer nicht zwei oder mehr Weiber auf einmal haben kan; denn was die successivam anbelanget: so ist dieselbe nicht verboten, und wir sehen täglich Exempel, daß wenn eine Frau verstirbet, der Mann eine andere, und wenn auch diese stirbet, die dritte, ja mehr heurathet.

§. 150.

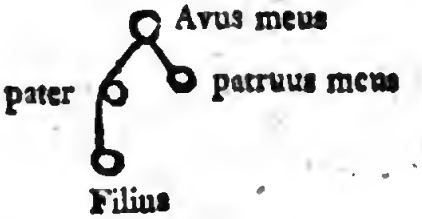
§. 150. So wird auch c) erfordert, daß eine Ehe nur von den Römischen Bürgern kan eingegangen werden. *princ. Inſt. h. t.* L. 56. D. *ſol. matr. dos quemadm. pet.* L. 13. §. 1. D. *de donat. inter vir. & ux.* Denn unter Knechten waren keine nuptiæ, ſondern contubernium; unter Fremden ebenfalls keine nuptiæ, ſondern matrimonium. L. 13. §. 1. D. *ad L. Iul. de adult.* Die nuptiæ oder connubia hatten effectus iuris civilis, die matrimonia peregrinorum effectus iuris gentium; hingegen die contubernia der Knechte hatten keine von beiden. Z. E. Wo bei den Römern nuptiæ waren, da war auch ein dos, und eine patria poteſtas, welches alles, weder bei den Fremden, noch bei den Knechten, ſtatt finden konte. Daß ich mich mit wenigem ausdrücke: ſo konten alle Menſchen matrimonia eingehen, aber keine nuptias iuris civilis celebriren, welches aber heut zu Tage gantz und gar hinweg fällt. Von dem contubernio ſervorum recommendire die GVNDLINGIANA P. II. *obſ.* 10. mit Bedacht nachzuleſen. Ferner wird d) erfordert, daß Kinder, ohne Wiſſen und Willen des Vaters, in deſſen Gewalt ſie ſind, ſich nicht verheyrathen können. Dieſes war bei den Römern ein ſo nöthiges requiſitum, daß α) der conſenſus patris vor der Ehe hergehen muſte. *princ. Inſt. h. t.* L. 5. D. *de ritu nupt.* β) Waren nuptiæ eingegangen worden, es manqvirte aber conſenſus patris: ſo konte der Vater die Ehe wieder trennen. CVIACIVS *lib. III. Obſervat.* c. 5. THOMASIVS diſſ. *de Nuptiis.* γ) So konte auch der Sohn eines furioſi nach alten Recht bei Lebzeiten des Vaters keine Frau nehmen. *princ. Inſt. h. t.* Der Mutter oder auch anderer Perſonen conſens war hierbei nicht nöthig. L. 20. D. L. 20. *Cod. h. t.* Hierbei wird gefragt, wie es hierin heut zu Tage gehalten werde? Darauf dienet zur Antwort, daß das ius canonicum und das Herkommen denen Knechten erlauben, ordentliche Ehen einzugehen. c. 1. X. *de coniug. Serv.* Was den conſenſum patris bei der Ehe der Kinder betrift, ſo ſehen wir heut zu Tage nicht allein auf denſelben, ſondern auch auf den Conſens der Mutter: wiewohl viele davor halten, daß der conſenſus parentum nach dem iure divino nicht de neceſſitate, ſondern nur de honeſtate ſey, welches ſie aus dem 1. B. Moſ. XXVI, 34. ſeq. ſchlieſſen wollen. S. GROTIVM *de iure belli & pacis lib. II.* c. 5. §. 10. Wie aber wird es gehalten, wenn die Eltern nicht darein conſentiren wollen? Reſp. Coguntur parentes, quibus non ſunt cauſſæ diſſentiendi idoneæ, elocare filias. L. 19. D. *de ritu nupt.* Wie aber, wenn nun der Vater conſentirt, und die Mutter diſſentirt, wie wird es alsdenn gehalten? Obgleich nach den Teutſchen Rechten beiderſeits Eltern Conſens nothwendig iſt, ſo wird doch in diſſenſu parentum mehr auf den Vater, als auf die Mutter reflectiret. Sodann wird hier gefragt: ob die Ehen, welche die Kinder ohne der Eltern Willen eingegangen haben, noch

heut zu Tage können getrennet werden? Wir verfahren heut zu Tage nicht so hart, daß wir solche Ehen trennen solten: gleichwol ist es an einigen Orten hierin sehr scharf, als wie in Frießland, da solche Ehen, die ohne Consens der Eltern geschlossen worden, wieder getrennet werden. HVBER *Prælect. Inst. h. t.* Es können auch heut zu Tage die Kinder eines furiosi sich verheurathen, wenn nur die curatores, die vornehmsten Anverwandten, und die Obrigkeit, oder der Bischof darein consentiren. *princ. Inst. h. t.* L. 25. *Cod. de ritu nupt.* L. 28 *Cod. de Episcopali audientia.* Ausser dem väterlichen Consens ist an einigen Orten hergebracht, daß auch die Mutter, die vornehmsten Anverwandten, Curatores, der Pfarrherr und die Pathen consentiren müssen, wovon nachzulesen die unvergleichliche Dissertation des Hrn. Cantzlers von Ludewig, *de consensu connubiali extra parentes.*

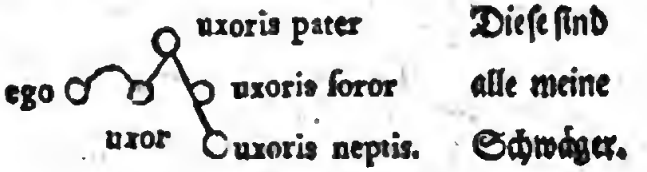
§. 151. Das fünfte Requisitum iustarum nuptiarum ist, daß die Personen, welche sich verheurathen wollen, solches nach den Gesätzen thun könten. Denn die Römer sahen bei den Ehen nicht allein auf dasjenige, quid iustum & licitum esset, sed etiam quid honestum, und daher schlossen sie, daß nicht zwischen allen Personen eine Ehe statt finden könte. Daher sahen sie einige nuptias an als incestas, von welchen §. 152. 161. gehandelt wird. Einige betrachten sie als indecoras, wovon §. 162. und einige als noxias, wovon §. 163. geredet wird. Nuptiæ incestæ waren so viel, als incastæ, z. E. wenn eine Tochter ihren Vater heurathen wolte. Indecoræ waren, da der Stand mit einander vermischet wurde. Z. E. Wenn ein Patricius eine plebeiam heurathete, oder bei uns ein Fürst sich mit einem Frauenzimmer bürgerlichen Standes vermählet. Noxiæ nuptiæ wurden genennet, welche entweder der Republik, oder einer Privat-Person schädlich sind. Z. E. Wenn ein Præses provinciæ eine provincialem heurathete, oder ein tutor seine pupillam.

§. 152. Was die incestas nuptias anbelanget, so werden dieselben auch nefariæ nuptiæ genennet, und bestehen darin, wenn sich Blutsfreunde, und die mit einander verschwägert sind, heurathen. Also werden nuptiæ incestæ inter cognatos & adfines verboten. Dabei aber wird gefragt: 1) quid sit cognatio, & quid sit adfinitas? (§. 152.) 2) Wie die gradus der Blutsfreundschaft und Schwägerschaft gerechnet werden? (§. 153. 157.) 3) Welches die verbotene gradus sind? (§. 158. 160.) Also wird zuerst hier die Frage zu untersuchen seyn, was cognatio und adfinitas sey? Wir antworten darauf, das cognatio die Verwandschaft sey, welche zwischen den Personen, die von einem Stamm herkommen, bestehet, z. E. der Vater und die Tochter sind cognati, weil sie a communi stipite, nemlich dem Groß-Vater herkommen. Der Bruder und Schwester sind cognati, denn sie kom-

kommen von einem Vater und von einer Mutter her. Meines Vatern-Bruder iſt mein cognat, denn er kommt mit mir von meinem Groß Vater her. Dieſe Perſonen werden in folgenden Vorriſſen vorgeſtellet:

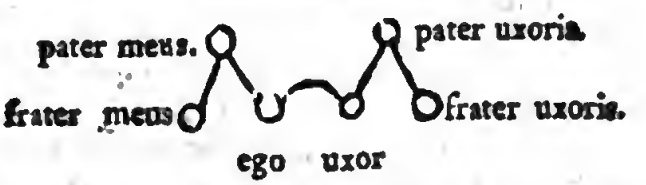


Hingegen iſt adfinitas neceſſitudo inter coniugem unum & alterius familiam. Alſo meiner Frau ihre Eltern, Brüder, Schweſtern und Vaters-Brüder ſind meine Schwäger; und meine Eltern, Brüder, Schweſtern und Vaters-Brüder ſind meiner Frauen Schwäger. Aber meine Brüder und meiner Frauen Brüder ſind zuſammen keine Schwäger. Wir wollen dieſes hier in einigen Figuren vorſtellen:



Dieſe ſind alle meine Schwäger.

Wenn aber die Figur auf folgende Art geſetzet wird:



Nach dieſer Figur iſt mein Bruder und meiner Frauen Bruder nicht mit einander verſchwägert. Man hat hierbei noch dieſe Regel zu mercken, daß die Schwägerſchaft allezeit per lineam curvam, die Blutfreundſchaft aber per lineam rectam angezeiget werde. Die inceſtæ nuptiæ nun haben bei allen Völckern einen groſſen Abſcheu gefunden, und ſchon die Heidniſchen Rechtsgelehrten haben erkannt, quod in his turpiſſima ſit commixtio reſpectuum, welche dem Recht der Natur gantz und gar entgegen iſt. Man kan dieſes erſehen aus OVIDIO *lib. X. Metamorph.* v. 9. allwo *Mirrha* ſaget:

Tunc

Tunc ſoror nati genetrixque vocabere fratris;
Nec quod confundaſſet, iura & nomina.

Und wie ſchändlich klinget doch das Epitaphium des HERSILI:

Herſilus hic iaceo, mecum Marulla quieſcit
Quæ ſoror & genetrix, quæ mihi ſponſa fuit.
Me pater e nata genuit mihi iungitur illa,
Sic ſoror & coniux, ſic fuit illa parens.

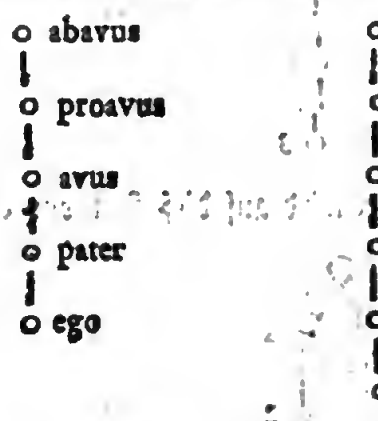
Daher der ICtus PAVLVS in L. 14. §. 2. D. *de ritu nupt.* gar ſchön ſchreibet: *In contrahendis matrimoniis naturale ius & pudor inſpiciendus eſt; contra pudorem eſt autem, filiam uxorem ſuam ducere.* Und OVIDIVS hat vor ihm *lib. X. Metam.* v. 252. ſich alſo ausgedrücket:

- - nefas animo ne concipe, neve potentis
Concubitu vetito naturæ pollue fœdus.

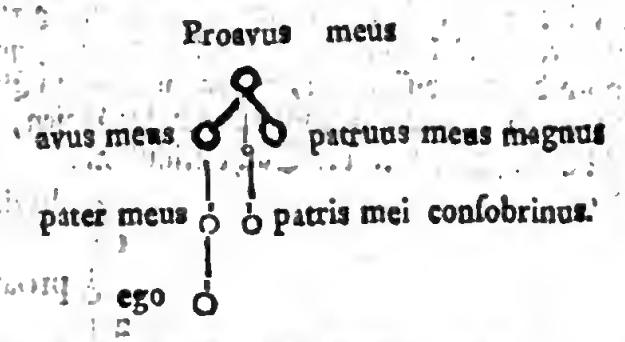
§. 153. In dieſem Spho haben wir die Frage zu erwegen, wie die gradus bei Verheuratung der Perſonen, die einander verwand ſind, gerechnet werden? Ein Grad iſt nichts anders als eine generation. Wir ſagen zwar in gegenwärtigem Spho, gradus eſt diſtantia cognatorum, es kommt aber die generation mit demſelben vollkommen überein, und daher gilt auch die Regel: quot ſunt generationes, tot etiam ſunt gradus. Aber dieſes findet nur in iure civili ſtatt, aber nicht in iure canonico. Da finden ſich nun einige, welche da ſagen, daß die computatio graduum in der Lehre de nuptiis von den Römiſchen Juriſten nicht gebraucht worden, ſondern daß dieſes nur bei Succeßions-Fällen geſchehen ſey. Allein diejenigen, welche dieſes behaupten, betrügen ſich gar ſehr, weil ja das Gegentheil aus der *Collatione Legum Moſaicarum & Romanarum Tit. VI.* deutlich und klar erhellet. Von den gradibus ſagt der Juriſt PAVLVS in L. 10. §. 10. D. *de grad. cognat.* daß dieſelben wären genennet worden, a ſimilitudine ſcalarum locorumque proclivium, quos ita ingredimur, ut a proximo in proximum, id eſt, in eum, qui quaſi ex eo naſcitur, tranſeamus. Dieſe generationes oder gradus werden durch eine Linie angezeiget. Wenn viel Perſonen gezehlet werden, die ſich einander gezeuget haben, oder gezeuget ſind: ſo wird dieſes linea genennet. Gleichwie nun die generationes durch Linien angezeiget werden: alſo werden die erzeugenden oder gezeugten Perſonen durch einen kleinen Creis angemerket. Z. E.

Die

Die linea cognationis iſt vel recta, vel obliqua oder transverſa. Linea recta wird genennet, welche lauter perſonas generantes & genitas begreifet: obliqua vel transverſa, in welcher auch andere Perſonen mit begriffen werden. Z. E. Die linea recta wird folgender maſſen vorgeſtellet:

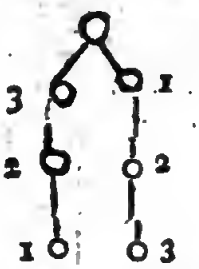


Die erſte Figur wird genennet linea adſcendens, quia a me ad progenitores meos adſcendo. Die andere Figur heiſſet linea recta deſcendens, quia ad poſteritatem meam deſcendo. Die linea obliqua oder transverſa wird folgender maſſen vorgeſtellet:

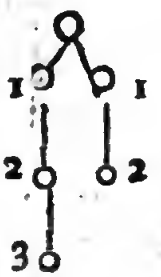


Hier ſind meines Groß-Vaters Brüder, wie auch meines Groß-Vaters-Bruder-Kind mir in linea obliqua cognati. Die linea obliqua vel transverſa wird wieder eingetheilet in æqualem vel inæqualem. Æqualis wird genennet, wo von beiden Seiten eben ſo viel Perſonen als gradus ſeyn: inæqualis aber heiſſet, wo auf der einen Seite mehr, auf der andern weniger Perſonen und gradus vorkommen.

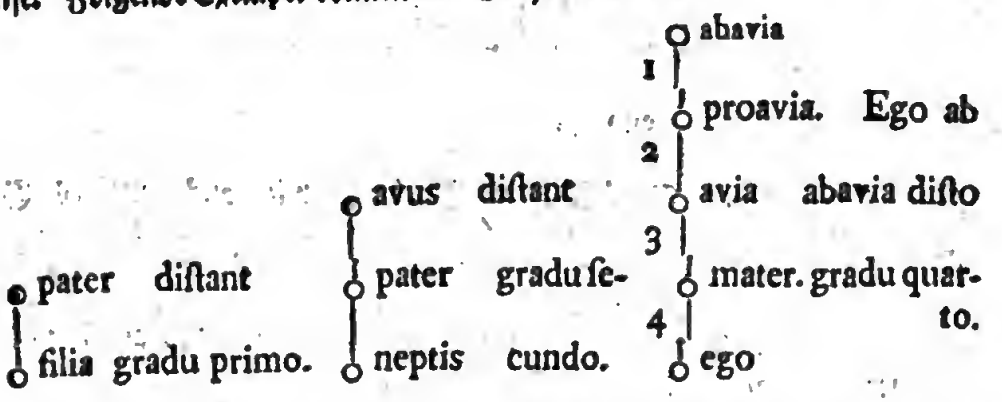
Alſo iſt linea obliqua æqualis folgende:



Linea obliqua inæqualis aber wird auf dieſe Art vorgeſtellet:



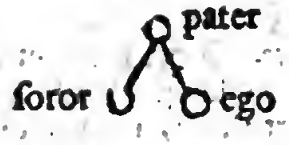
§. 154. Nachdem wir die definitiones vorausgeſetzet haben: ſo können nun leichtlich die Regeln de computatione graduum verſtanden werden. Wir haben deren drei. 1) In linea recta tot ſunt gradus, quot ſunt generationes. Wenn ich dahero wiſſen will, in was vor einem Grad zwei Perſonen von einander entfernet ſind: ſo zehle ich nur die Linien, nicht aber die Creiſe. Folgende Exempel können die Sache erläutern:



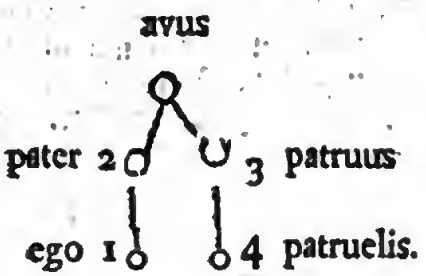
Dieſes kan man in folgendes axioma einſchlieſſen. Das ius civile zehlet allezeit die generationes beider Seiten: hingegen zehlet das ius canonicum nur die

die eine, und zwar die längeſte. Im übrigen wird die computatio canonica in Ehe-Sachen, die civilis aber bei der ſucceſſione ab inteſtato gebrauchet. S. SCHULTZIUM *de arbore conſanguinitatis.*

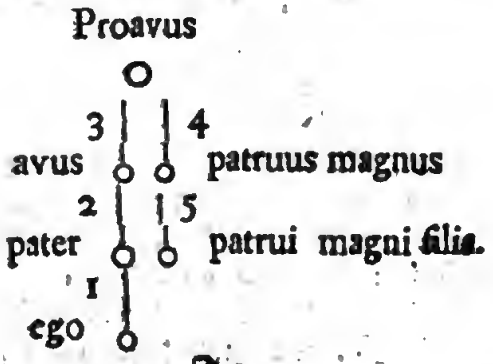
§. 165. Die 2) Regel iſt: in linea æquali ius civile utrumque latus numerat, ſed ius canonicum unum tantum. Daſſelbe macht einen Unterſchied inter lineam æqualem & inæqualem; und da haben wir von der linea æquali dieſe Regel: quot gradibus perſonæ cognatæ diſtant a communi ſtipite: tot gradibus inter ſe diſtant. Hingegen giebt es bei der linea inæquali dieſe Regel: quot gradibus perſona remotior diſtat a communi ſtipite, tot gradibus perſonæ diſtant inter ſe. Folgende Exempel werden die Sache klar machen.



Nach dieſer Figur ſind ich und meine Schweſter nach dem iure civili im zweiten, nach dem iure canonico aber im erſten Grad von einander entfernet.

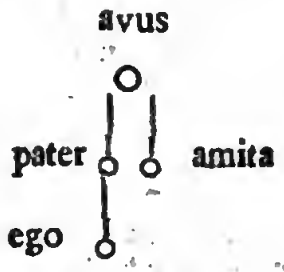


Secundum hoc ſchema, ego & patruelis meus diſtamus iure civili gradu quarto, iure canonico autem gradu ſecundo

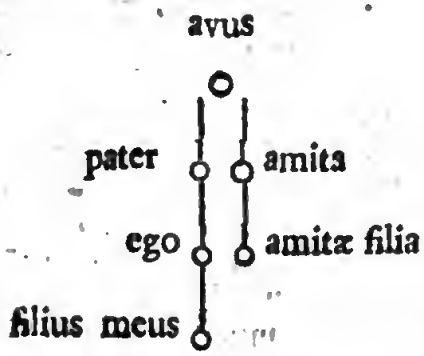


Verlöbniß, oder überhaupt, wo noch kein Beischlaf erfolget ist, keine Schwägerschaft entstehe, die die Heyrath nach Göttlichem Recht verhindere. CARPZOV *de arbore consangvin. & affin. c. 2. n. 57.*

§. 157. Wir kommen in diesem Spho auf den sogenannten respectum parentelæ, welcher in Verhinderung der Ehe ein wichtiges moment ausmachet, und öfters bei vorstehenden Verheurathungen eine grosse Verhinderniß in den Weg leget. Dahero wird gefragt, was denn eigentlich der respectus parentelæ sey? Wir antworten darauf, daß derselbe eine Verwandschaft sey zwischen zwo Personen, davon die eine unmittelbar unter dem stipite communi stehet, die andere aber etwas davon entfernet ist. Wir sagen, unmittelbar unter dem stipite communi, dahero ist nicht genug, daß die eine näher, die andere entfernter sey. Z. E. Meines Vaters Schwester, und meiner Mutter Schwester, sind mir an Eltern statt, weil sie unmittelbar unter den stipite communi sind; dahingegen ich davon entfernter bin. Folgendes Exempel kan die Sache in ein Licht setzen:



Hingegen meines Vaters-Schwester-Tochter und mein Sohn sind zwar unter sich cognati, aber es ist hier kein respectus parentelæ, weil keine von beiden Personen unmittelbar unter dem stipite communi ist. Folgendes Exempel kan zur Erläuterung dienen.



Unter dieſen Perſonen war eine ſolche Verwandſchaft, daß dieſelben Thii und Thiæ, quaſi divini & divinæ genennet wurden. Wodurch die Alten zugleich anzeigen wolten, huiuscemodi perſonas æque ac parentes veluti ſanctas & venerabiles nobis eſſe debere. Es ſchreibet davon ſehr ſchön: SIMPLICIVS *in Commentario ad* EPICTETI *Enchiridion* c. 37. *Antiquiores leges, ita venerata ſunt parentes, ut Deos adpellare eos non dubitarint. Sed quamvis in hoc divinam excellentiam reveriti patres Dii adpellare deſierint: fratres tamen patrum & ſorores Græci adhuc θείους, quaſi divinos divinaſque adpellant, ut demonſtrent, quam rationem parentum adverſus liberos eſſe exiſtiment.* Weil nun dieſe Perſonen hier ſo heilig gehalten worden: ſo kan ſich traun niemand darüber verwundern, daß ſowol die göttlichen als menſchlichen Geſätze die Verheurathungen derſelben verboten haben.

§. 158. Da wir bisher die computationem graduum betrachtet haben: ſo wollen wir ietzo die Regeln anſehen, welche bei dem Verbot der Ehe zu mercken ſind. Die erſte Regel iſt: Nuptiæ inter adſcendentes et deſcendentes in linea recta in infinitum prohibentur. Mit dieſer Regel kommen alle Rechte überein: und daß ſolches Verbot alle Menſchen angehe, erhellet daraus, weil GOtt bezeuget, daß er wegen deſſen Uebertretung die Heiden ſtrafe; daß es aber ohne Ziel die Ehen verbiete, ſolches zeiget ſonderlich die Urſache des Verbots, nemlich die Gemeinſchaft des Geblüts, welche in abſteigender Linie kein Ziel hat, an. Z. E. Es kan ſich die Ur-Groß Mutter ſo wenig mit dem Urenckel verheurathen, ſo wenig als dieſes der Groß-Mutter mit dem Enckel, oder der Mutter mit dem Sohn zu thun erlaubt iſt. Man pfleget dieſe Regel mit dem lächerlichen Exempel, ſo man von Adam hernimmt, zu erläutern, da man ſagt, wenn Adam nicht das Göttliche Verbot überſchritten, und von der Frucht des verbotenen Baumes nicht gegeſſen hätte, Eva aber wegen ihrer Sünden geſtorben wäre: ſo hätte Adam unter dem gantzen menſchlichen Geſchlecht keine Perſon finden können, mit welcher er ſich hätte verheurathen können, weil alle Menſchen in abſteigender Linie von Adam herkommen, ob ſie gleich viele Grad von einander entfernet ſind.

§. 159. Die zweite Regel iſt dieſe: In linea obliqua æquali iure civili ſecundus gradus ſemper eſt prohibitus, quartus & reliqui tantum inter eas perſonas, quæ ſibi invicem parentum ac liberorum loco ſunt. i. e. inter quas eſt reſpectus parentelæ. Wir haben geſagt in ſecundo gradu ſind die nuptiæ nach dem iure civili abſolument verboten. Denn im zweiten Grad ſind Brüder und Schweſter mit einander verwandt, zwiſchen welchen alſo weder nach göttlichen, noch menſchlichen Rechten, eine Ehe kan eingegangen werden. Wir haben ferner geſagt, in tertio gradu lineæ inæqualis wä-

wären die Ehen verboten. Denn hier lauft ein reſpectus parentelæ mit unter, welcher allezeit eine Hinderniß der Ehe macht. Dahero kan ich z. E. weder meines Groß-Vaters Schweſter, noch meiner Groß-Mutter Schweſter heurathen, gleichwie auch eine Frauens-Perſon weder ihres Groß-Vaters Bruder noch Groß-Mutter Bruder heyrathen kan. Wir haben aber auch geſagt, das ius civile erlaube die Ehen in linea obliqua æquali im vierten Grad. Denn obgleich die Leſung des §. 4. *Inſtit. h. t.* zweifelhaftig iſt, weil in einigen Exemplarien die particula negativa, *non*, ſtehet, welche auch in THEOPHILI *Paraphraſi* anzutreffen: ſo hat doch IACOBVS GOTHOFREDVS *in Commentario ad L. un. Cod. Theodoſ. Si nupt. e reſcript. princip. pet.* mit vieler Gelehrſamkeit gezeiget, daß die particula negativa ohnmöglich dabei ſeyn könne. Letzlich haben wir auch geſetzet, daß der vierte Grad nebſt den übrigen nicht verboten ſind, wenn es nicht ſolche Perſonen ſind, welche gegen einander als Eltern und Kinder zu betrachten. Z. E.

Dieſes ſind conſobrini, und können ſich verheurathen, weil hier kein reſpectus parentelæ iſt, dieſe Perſonen auch einander im vierten Grad verwandt ſind. Hingegen iſt es nicht erlaubt, daß einer ſeines Groß-Vaters Schweſter heyrathen darf, ob ſie gleich auch im vierten Grad verwandt ſind, weil dieſe Perſonen gegen einander wie Eltern und Kind anzuſehen ſind. Dieſes iſt die Regel des bürgerlichen Rechts: was ſagt nun aber das ius canonicum dazu? Dieſes dehnet das Verbot der Ehen ſehr weit aus: denn in linea æquali gehet das Verbot bis auf den vierten Grad nach der Canoniſchen computation, c. *ult.* X. *de conſangvin.* Der Pabſt führet dazu den Bewegungs-Grund an, nemlich *quia quatuor ſunt humores in humano corpore.* Sed vera ratio eſt, quia Pontifex indiget pecunia, & ea eſt commodiſſa laicos emungendi ratio & occaſio, ſi tam multa matrimonia prohibeantur: ſic enim perere coguntur diſpenſationem, ea autem gratis dari nequit. In linea inæquali reſpectus parentelæ etiam alterius nuptias impedit, und daß ich es mit wenigen ſage, in infinitum. Z. E. Wenn Cains Bruder Abel noch lebte und ſeine Frau verlohren hätte: ſo könte er nach der Satzung des Kirchen-Rechts ſo wenig als Adam eine andere Frau nehmen, weil alle Menſchen von ſeinen Brüdern herkommen, und er alſo dem gantzen menſchlichen

lichen Geschlecht loco parentis ist. Wir Protestanten halten es also, daß wir uns nach eines ieden Orts Gesätzen und Gewohnheiten richten, iedoch dabei die Göttlichen Gesätze 3. B. Mos. XVIII. XX. in Obacht nehmen: und wenn allda die Ehen nicht verboten seyn, lassen wir zu, daß der Landesherr dieselben kan geschehen lassen. Jedoch ist es eine wichtige Frage, ob in den angeführten Orten GOtt gewisse gradus, oder Personen verboten habe? das Letzte behaupten die gelehrtesten Rechtsgelehrten, und hat dieses sonderlich der Hr. Geh. Rath HENRICVS de COCCEII in einem besondern Responso auf das gründlichste ausgeführet, welches Ihro Excellentz, der Freiherr von COCCEII in Dero *Ius controversum Tit. ad Leg. Iul. de Adult.* eingesetzet haben.

§. 160. Hier wird von der Schwägerschaft geredet, von welcher wir mercken, daß dieselbe bei den Römern durch Absterben eines Ehegatten gäntzlich aufgehöret. Dahero war es nichts neues, daß einer seines Bruders Witwe heurathete. Doch verbot der *Lex Iulia & Papia* die Ehen einiger Personen, welche in der Schwägerschaft stunden, z. E. der Stief-Mutter und des Stief-Sohns, des Stief-Vaters und der Stief-Tochter, des Schwieger-Vaters und der Schwieger-Tochter, des Schwieger-Sohns und der Schwieger-Mutter. L. 14. D. *de ritu nupt.* §. 6 7. *Inst. h. t.* S. des Hrn. OTTO *Comment. ad Instit.* p. 78. seqq. und unsern *Comment. ad Leg. Iul. & Pap.* p. 311. seqq. Nachgehends ist unter den Christlichen Keisern die Ehe zwischen den Bruder und des Bruders Witwe verboten worden. L. 5. *Cod. de incest. nupt.* Wir haben aber von der Schwägerschaft folgende Regel zu mercken: Quotocunque gradu prohibentur nuptiæ ob cognationem, eodem prohibentur quoque ob affinitatem. Z. E. a) in der geraden Linie, ist die Ehe inter adscendentes & descendentes ohne Ziel verboten, daher denn auch nach unserer Regel die Ehe zwischen den adscendenten und descendenten der Frau unerlaubt ist. Also kan ich meine Mutter nicht heurathen, und also auch nicht meine Stief Mutter. Es gehet auch nicht an, daß ich meine Groß-Mutter heurathen kan, daher denn auch die Ehe mit der Stief-Groß-Mutter unerlaubt ist. Ferner ist die Ehe verboten zwischen dem Vater und der Tochter, dahero kan er auch nicht die Schwieger-Tochter heurathen. So findet auch keine Ehe statt zwischen dem Groß-Vater und der Enckelin, zwischen dem Urälter-Vater und der Urenckelin, daher denn auch einer weder seines Enckels noch Urenckels Frau heurathen kan. Und auf solche Art gehet das Verbot wegen der Schwägerschaft in der geraden Linie in infinitum fort. Die Ursache dieses Verbots lieget in der Einigkeit des Fleisches, die aus dem Beischlaf entstehet: denn dadurch wird iemand einer gewissen Freundschaft gleichsam einverleibet. Gleichwie nun die verwandte Person in

den

den verbotenen Stufen nicht kan heurathen: alſo iſt es auch derjenigen nicht zugelaſſen, die durch den Beiſchlaf mit ihr iſt ein Fleiſch worden. Auf eben die Art verhält ſich die Sache bei der Seiten-Linie; denn da iſt die Ehe verboten in der zweiten Stufe zwiſchen Brüdern und Schweſtern, daher auch die Ehe inter fratrum & ſororum coniuges verboten iſt. Z. E. Zwiſchen des Mannes Bruder und ſeiner Frauen, und zwiſchen der Frauen Mann und ihrer Schweſter: wiewohl bei den Iſraeliten eine beſondere Satzung war, daß einer ſeines ohne Kinder verſtorbenen Bruders Witwe heurathen muſte, wovon SELDENVS in *Vxore Ebraica lib. I.* c. 12-14. handelt. So iſt auch die Ehe verboten im dritten Grad, z. E. zwiſchen den Vaters-Bruder oder des Vaters-Schweſter, mit der Mutter-Bruder oder der Mutter-Schweſter, daher denn auch die Ehe mit ihren Ehegatten verboten iſt. In dem vierten Grad iſt die Ehe erlaubet zwiſchen Geſchwiſter-Kindern und ihren Ehegatten: allein der Pabſt iſt gekommen, und hat aus der obenangeführten Urſache (§. 159.) hier ein Verbot geſetzet, da er drei Arten der Schwägerſchaft angiebet, nemlich: primum genus adfinitatis contrahitur per unas nuptias, alterum per binas, tertium per ternas nuptias. Z. E. Wenn mein Bruder *Sempronіam* heurathet: ſo iſt zwiſchen mir und ihr die erſte Art der Schwägerſchaft zu finden. Stirbt mein Bruder, und *Sempronia* heurathet *Mevium*, ſo entſtehet zwiſchen mir und *Mevio* die zweite Art der Schwägerſchaft. Endlich, wenn *Sempronia* ſtirbt, und *Mevius* heurathet *Titiam*; ſo iſt zwiſchen mir und ihr die dritte Art der Schwägerſchaft. Nun aber hat der Pabſt die Ehe unter angeführten Perſonen verboten: aber wir Proteſtanten pflegen darauf keine Abſicht zu nehmen.

§. 161. Die Canoniſten haben eine cognationem ſpiritualem ausgedacht, welche ſich zwiſchen der Pathe und dem getauften Kinde finden ſoll, wovon ſchon der L. 26. *Cod. de Nuptiis* handelt, da der Keiſer *Iuſtinianus* ſagt, daß hier ein nexus ſey, per quem Deo mediante animæ eorum copulatæ ſunt. Die Canoniſten haben dieſes noch weiter ausgedehnet, und haben nicht allein die Ehe zwiſchen den Getauften und der Pathe, ſondern auch zwiſchen dem Prieſter, welcher die Taufe verrichtet, und dem Getauften, zwiſchen den Eltern des Kindes und den Gevattern, ja zwiſchen den Gevattern ſelbſt verboten. Quid enim non potuit ſuaſiſſe malorum, ſacra auri fames! Wir haben davon ein ſolches Exempel in den Geſchichten der Merovingiſchen Könige, da der König *Childericus* von ſeiner Beiſchläferin Fredegund überredet wurde, daß er bei dem Kinde, welches ſeine Gemahlin gebohren hatte, Pathen-Stelle verrichten ſolte. Da nun dieſes geſchehen war, ſo muſte der König *Childericus* ſeine Gemahlin nothwendig verlaſſen, weil hier zwiſchen ihr und ihm eine geiſtliche Verwandſchaft entſtanden war. Siehe GREGORIVS TVRO-

TVRONENSEM *lib. V: Hiſt Francor.* c. 40. Es iſt dieſes ein ſeltſames Verbot; denn wenn wegen der geiſtlichen Verwandſchaft die Ehen verboten ſeyn ſolten: ſo würde kein Chriſte eine Chriſtin heurathen dürfen, weil ſie alle geiſtliche Brüder und Schweſtern in Chriſto ſind. Und daher haben wir Proteſtanten auch dieſe geiſtliche Verwandſchaft, als ein abgeſchmacktes Ding fahren laſſen. Wir haben in dieſem §pho mitgemeldet, daß es auch eine cognationem civilem gebe; welche aus der adoption entſtehet. Denn da es heiſſet: adoptio imitatur naturam, ſo wurden die liberi adoptivi eben ſo angeſehen, als ob es mit einer Frau erzeugte Kinder wären. Aus eben der Urſache nun, da einer eine mit ihm verwandte Weibs-Perſon nicht heurathen konte, aus gleicher Urſache könte auch niemand diejenige, die er adoptirt hatte, heurathen. Z. E. Der Vater konte ſeine Tochter nicht heurathen, und alſo durfte auch einer ſeine filiam adoptivam nicht zum Weibe nehmen. Weil aber dieſes Gebot nur in den bürgerlichen Rechten gegründet iſt, und auf eine fiction ankommt: ſo kan dieſes durch eine diſpenſation gar leicht geändert werden. Wir haben auch ein Exempel an dem Keiſer *Marco Antonino Philoſopho*, welcher ſeine Tochter *Lucillam* an ſeinen adoptirten Bruder *Lucium Verum* verheurathete. Es kommt aber auch eine quaſi adfinitas vor, welche entweder ex ſponſalibus entſtehet, oder ex divortio herkommt. Z. E. Mein Bruder hat mit *Titia* ſponſalia celebrirt, ehe er aber die Hochzeit halten können, iſt er geſtorben. Da iſt zwiſchen mir und der *Titia* eine quaſi adfinitas entſtanden, welche nicht leidet, daß ich dieſelbe heurathen kan. Allein es pfleget auch bei dergleichen Umſtänden heut zu Tage von den Landesherrn diſpenſirt zu werden, wenn die Braut einen Eid ableget, daß ſie bei dem verſtorbenen Bräutigam nicht geſchlafen habe. Wir haben davon ein Exempel in England gehabt, da der König Henrich der VIII. ſeines Bruders *Arthuri* Witwe geheurathet hatte, nachdem dieſelbe geſchworen, daß ſie *Arthurus* nicht fleiſchlich erkannt hätte. Was deshalben vor Streitigkeiten vorgefallen ſind, davon findet man umſtändliche Nachricht bei GILBERT BVRNET *dans ſon hiſtoire de la reformation d' Angleterre.*

§. 162. Bishero haben wir von den nuptiis inceſtis gehandelt; wir haben aber oben (§ 151.) gedacht, daß die Geſätze auch einige nuptias tamquam indecoras verwerfen, von welchen wir ietzo reden wollen. Als nuptiæ indecoræ werden von den Geſätzen verworfen, 1) ob imparitatem ſtatus, z. E. zwiſchen einem Senatore und libertina, zwiſchen einem ingenuo und muliere ſcenica oder quæſtuaria &c. welches Verbot aus dem *Lege Iulia & Pappia Poppea* herkömmt, aber heut zu Tage nicht mehr im Gebrauche iſt, weil ſelbſt der Keiſer IVSTINIANVS in L. 23. L. *ult. Cod. de nuptiis* ſolches aufgehoben hat. Welches auch ſchon vor ihm ſein Vater, *Iuſtinus*, gethan, wo-

wovon PROCOPIVS in *Hiſt. Arcan.* p. 43. ſchreibet: *Cum viris Senatoriis priſca lege uxorem ducere meretricem non liceat, Iuſtinianus Principem Iuſtinum adegit ad legem nova conſtitutione evertandam, & exinde Theodoram matrimonio iungitur, aditu reliquis ad meretricia connubia patefacto.* Siehe unſern *Comment. ad L. Iul. Pap. & Popp.* p. 119. Dieſes hat der Keiſer *Iuſtinianus*, weil er die *Theodoram* geheurathet, gethan. 2) Werden die nuptiæ als indecoræ propter antecedentem impudicitiam verworfen. Z. E. Zwiſchen einem ingenuo und einer Weibs-Perſon, welche artem ludicram exercirt hatte. Eben dieſes fand auch ſtatt, wenn ſich ein ingenuus mit einer Weibs-Perſon, die entweder eine Huren-Wirthin, oder Hure geweſen war: wie denn ſolches auch nicht angehen konte, wenn ein Leno eine ſolche Perſon manumittirt hatte, oder wenn ſie in offenbaren Ehebruch war ergriffen worden. Ferner waren auch nuptiæ indecoræ, wenn der Ehebrecher die Ehebrecherin, oder der Jungfrauen-Räuber die Entführte heurathen wolte. Was das letzte anbelanget, ſo hat das ius canonicum dieſes Verbot aufgehoben. Denn daſſelbe erlaubet c. 6. X. *de eo, qui dux. in matr. quam per adult. poll.* die Ehe demjenigen, welcher mit einer Frau die Ehe gebrochen, ſolches aber nicht in der Hofnung gethan, die Ehebrecherin zu heurathen, noch weder er, noch die Ehebrecherin dem Manne nach dem Leben geſtanden haben. Sodann läßt das ius canonicum auch c. fin. X. *de raptu virg.* zu, daß der raptor die Entführte heurathen kan. 3) Werden auch als nuptiæ indecoræ propter venerationem quandam verworfen. Z. E. Es wird die Ehe verboten zwiſchen dem Stief-Vater und des Stief-Sohns Witwe, obgleich unter dieſen Perſonen ſich keine andere Schwägerſchaft, als die von der andern Art, findet, welche doch ſonſt nicht regardiret wird. L. 15. D. *de ritu nupt.* Gleicher Weiſe iſt auch die Ehe verboten, wenn ſich einer mit einer von ihm geſchiedenen Frauen-Tochter, die von einem andern Mann iſt erzeuget worden, verheurathen wolte. §. 9. *Inſt.* h. t. obgleich hier nur ebenfalls eine adfinitas ſecundi generis iſt. Denn die honeſtas wolte dieſes nicht zulaſſen, daß einer diejenige heurathen ſolte, mit deren Mutter er ehemals ein Fleiſch geweſen, weswegen dieſe Perſon in L. 12. §. 2. D. *ritu nupt.* quaſi privigna genennet wird.

§. 163. Wir haben in dieſem Spho von den nuptiis noxiis zu reden, welche ſeyn können, 1) ob religionis reſpectum inter Chriſtianum & Iudæam, vel inter Iudæum & Chriſtianam. L. 6. *Cod. de Iudeis.* Aber hierbei wird gefragt, ob es den Chriſten auch verboten ſich mit Mahumedaniſchen Frauenzimmer zu verheurathen? Der Herr STRYK *in Vſu Mod. Tit. de ritu nupt.* will dergleichen Ehen nicht ſo ſchlechterdings verboten wiſſen, weil die Mahumedaner Chriſtum nicht fluchen, wie die Juden zu thun pflegen, allein da-

von iſt hier gar nicht die Rede, ſondern die ratio iſt metus ſeductionis vel corruptionis. Daher die Ehe chriſtlicher Manns-Perſonen mit Mahumedaniſchen Frauenzimmer, und der Mahumedaner mit Chriſtinnen eben ſowol wie zwiſchen Chriſten und Juden verboten. So ſind auch nuptiæ noxiæ, 2) ob detrimentum rei familiaris. Dahin gehöret die Ehe; wenn der tutor, curator, wie auch deren Söhne und Enckel, ſich mit der Pflegbefohlenen nicht verheurathen dürfen, weil der tutor alsdenn unter dieſen Vorwand ſich entziehen könte, die Rechnung abzulegen. L. 59. ſeq. L. 60. 64. §. 1. L. 67. §. 2. D. *de ritu nupt.* MEVRSIVS *in Themide Attica lib. I.* c. 10. So waren auch 3) nuptiæ noxiæ, wenn ſich ein præſes mit einer foemina provinciali verheurathete, weil zu vermuthen war, daß ein ſolcher Statthalter ſich nichts ſchlechtes ausleſen würde, wodurch ein ſolcher leichtlich ſich einen Anhang hätte machen können. L. 57. L. 63. D. *de ritu nupt.* über welchen Legem der Herr ZACHARIAS HVBER eine ſchöne Diſſertation geſchrieben hat. Es iſt auch davon das Exempel *Antonii* bekannt, welcher die Königin *Cleopatram* in Egypten heurathete. 4) Sind auch nuptiæ noxiæ, wenn ſich ein Geiſtlicher, oder einer, der ſich zu dem Gelübde der Keuſchheit verpflichtet hat, verheurathet. L. 44. *Cod. de Epiſc. & Clericis. Nov.* 6. c. 1. §. 7. *Nov.* 89. c. 9. *Nov.* 123. c. 12. 14. 29. Allein heut zu Tage wird keinem Statthalter verwehret, daß er ſich nicht ſolte mit einer provinciali verheurathen können. Und was das letzte Verbot anbelanget, ſo iſt daſſelbe der praxi der erſten reinen Kirche nicht gemäß, wie ſolches der grundgelehrte Theologus, GEORGIVS CALIXTVS, *de Clericorum cœlibatu & coniugio* ausführlich gezeiget hat. Ja es erhellet aus dem L. 2. §. 4. *Cod. de Epiſcopis & Clericis*, daß die Geiſtlichen noch im vierten Jahrhundert nach Chriſti Geburt ſich verheurathet haben. Und weil nun dieſes Verbot der Heil. Schrift ohnedem nicht gemäß iſt, wie aus *Ebr. XIII*, 4. *1. Timoth. III*, 2. *IV*, 3. erhellet: ſo iſt kein Wunder, daß die Proteſtanten nicht darauf zu reflectiren pflegen.

§. 164. Die letzte Frage, welche wir hierbei zu erwegen haben, iſt dieſe: Mit was vor einer Strafe diejenigen beleget werden, welche ſich wider die Ehe-Geſätze verheurathen? Wir antworten darauf aus dem §. 12. *Inſt. h. t. Si adverſus ea, quæ diximus, aliqui coierint: nec vir, nec uxor, nec nuptiæ, nec matrimonium, nec dos intelligitur.* Auch die Kinder, welche aus einer ſolchen Ehe gebohren ſind, werden nicht pro liberis legitimis gehalten, ſondern ſind unehlich und ſind unter keiner väterlichen Gewalt. Ja diejenigen, die dagegen handeln, werden bisweilen hart geſtraft, und wohl gar mit einer poena capitali beleget. Z. E. Wenn eine Blut-Schande inter adſcendentes, oder deſcendentes begangen worden, oder auch, wenn Brüder und Schweſtern ſich verheurathet haben, wobei auf eines ieden Orts her-

hergebrachte Gebräuche und Gewohnheiten muß gesehen werden. So läßt auch das ius canonicum eine und andere Ehen, wenn sie einmal vollzogen worden, in honorem matrimonii zu. Denn weil das ius canonicum die Ehe für ein Sacrament hält: so kan es nicht anders kommen, als daß dadurch viele Ehe-Gesätze müssen durchlöchert werden.

De Legitimatione.

§. 165. Der zweite modus, wodurch die patria potestas adquiriret wird, war die legitimatio, wovon in den Pandekten gar nicht geredet wird: wie denn auch weder CAIVS, noch VLPIANVS, davon etwas in ihren *Institutionibus* melden: welches um deswegen nicht geschehen können, weil solche zu ihren Zeiten noch nicht bekannt gewesen, sondern erst zu *Constantini M.* Zeiten erfunden worden. Es machen zwar einige hier den Einwurf, daß ja in dem L. *ult.* D. *de adopt.* und im L. 57. §. 1. D. *de ritu nupt.* der legitimation gedacht werde, woraus erhelle, daß dieselbe schon vor *Constantini M.* Zeiten bekannt gewesen sey. Allein der L. *ult.* D. *de adopt.* wie aus der Rubrik erhellet, handelt nicht von der legitimation, sondern von der adoption: der L. 57. §. 1. D. *de ritu nupt.* aber begreifet ein besonders privilegium, welches nicht zur Folge kan gezogen werden. Denn in demselben wird von einem geredet, welcher von einer convictrice oder uxore gratuita gebohren ist, welcher nicht konte legitimus werden, nisi princeps extraordinem subveniret, vel pater eum adrogaret, welches aber in L. 7. *Cod. de nat. lib.* und *Nov.* 74. c. 3. wieder aufgehoben worden ist.

§. 166. In diesem §pho haben wir die definition von der legitimation beigebracht, welche wir etwas genauer erwegen wollen. Wir sagen: Legitimatio est actus, quo liberi illegitimi finguntur ex iusto matrimonio nati, & hinc instar legitimorum rediguntur in patriam potestatem. Einige nennen die Legitimation einen actum legitimum, welches aber gantz unrecht ist. Denn a) sind die actus legitimi von den ICtis ex interpretatione LL. XII. *Tabb.* gezogen worden. L. 2. §. 6. D. *de origine iuris.* Aber die legitimatio kommt weder von den ICtis, noch ex LL. XII. *Tabb.* her. b) Geschehen die actus legitimi mit gewissen Solennitäten: aber die legitimatio hat dergleichen gar nicht nöthig. Wir haben gesagt, quo liberi illegitimi finguntur ex iusto matrimonio nati: denn der Grund der legitimation ist eine fictio. Lex enim fingit eos ex iusto matrimonio esse natos, qui sunt nati extra matrimonium. Wir haben dergleichen fictiones in unsern Rechten sehr viele, wie wir ein Exempel an dem iure postliminii haben, da fingirt wird, daß derjenige niemals in captivitate gewesen, welcher von derselben befreiet wor-

den. §. 5. *Inſt. Quib. mod. ius patr. pot. ſolv.* Hingegen fingirt der *Lex Cornelia*, als wenn derjenige wäre in civitate verſtorben, welcher doch in der Gefangenſchaft ſein Leben geendet hat. Ein berühmter Franzöſiſcher Rechtsgelehrter, ANTONIVS DADINVS ALTESERRA, hat ein ſchönes Werck, *de fictionibus iuris*, geſchrieben, worin er dieſe Materie mit vieler Gelehrſamkeit ausgeführet hat. Auf eben die Art wird bei der legitimation fingirt, als ob derjenige aus einer rechten Ehe wäre erzeuget worden, welcher auſſer derſelben gebohren iſt. Wir haben ferner in der definition geſagt, hinc inſtar legitimorum rediguntur in patriam poteſtatem. Hier haben wir die Wirckung der legitimation. Denn die Kinder, welche auſſer der Ehe erzeuget ſind, ſind nicht in der väterlichen Gewalt, ja man hält dafür, daß ſie nicht einmal einen Vater haben, quia pater eſt, quem iuſtæ nuptiæ demonſtrant. L. 5. D. *de in ius voc.* Daher werden dergleichen Kinder liberi naturales genennet, weil ſie zwar der Natur nach, aber nicht den Rechten nach, einen Vater haben. Nun aber kommen ſolche Kinder durch die legitimation unter die väterliche Gewalt: und dahero iſt richtig, was wir oben (§. 165.) geſagt haben, legitimationem eſſe ceuſſam patriæ poteſtatis.

§. 167. Aus dieſer (§. 167.) gegebenen definition können wir nun gar leicht die Frage beantworten: welche uneheliche Kinder legitimirt werden können? Es ſind dieſelben von viererlei Art. *α*) Einige nennet man liberos naturales oder nothos, und barbare baſtardos, welche mit einer Weibes-Perſon auſſer der Ehe erzeuget werden, uno verbo, qui ex concubina nati ſunt, *t. t. Cod. de nat. lib.* *β*) Einige heiſſen ſpurii, welche entweder von einer Frauens-Perſon, quæ quæſtum corpore fecit, oder ex contubernio gebohren worden. Dieſe nennet man vulgo quæſitos. Sie heiſſen auch *σπέρτιοι παῖδες*, quaſi ſpurii terræ filii, patre nullo vel ſaltem incerto procreati, ſpurii & Favonii. QVINCTILIANVS *lib. III. Inſtit. Orat.* c. 6. ISIDORVS *lib. IX. Orig.* c. 5. GISBERTVS CVPER *lib. I. Obſervat.* c. 17. und RAPHAEL FABRETTVS *Inſcript.* Cl. I. n. 259. *γ*) Einige nennet man adulterinos, welche aus Ehebruch erzeuget worden. *δ*) Einige heiſſen inceſtuoſi, welche ex inceſtu, d. i. von ſolchen Perſonen erzeuget worden, welche wegen der nahen Verwandſchaft und Schwägerſchaft keine Ehe eingehen können. Wir wollen nun auf die vorher aufgeworffene Frage antworten: Welche Kinder können legitimiret werden? Es gehet dieſes nur mit den natürlichen Kindern an, und können die ſpurii, adulterini und inceſtuoſi nicht legitimirt werden. §. *ult. Inſt. h. t.* L. 10. *Cod. de nat. lib. Nov.* 117. c. 2. Die Urſache davon iſt, weil die legitimatio per fictionem geſchiehet. Denn die Geſätze fingiren, daß die Kinder, welche ſollen legitimirt werden, aus einer rechtmäßigen Ehe erzeuget worden. (§. 167.) Da nun aber bei einer ieden fiction termi-

ni

ni habiles ſupponiret worden; man aber keine Ehe mit einer Frau, quæ quæſtum corpore facit, (§. 162. not. 2.) viel weniger zwiſchen dem Ehebrecher und der Ehebrecherin, zwiſchen den Blutsfreunden und Schwägern fingiren kan: ſo folget daraus, daß die ſpurii, adulterini und inceſtuoſi nicht können legitimiret werden. Es ſind auch nach dieſer Ordnung die liberi naturales melioris conditionis, als die ſpurii, weil dieſelben, wenn keine andere Kinder da ſind, ſextantem ex hereditate patris naturalis empfangen, ſo ſie mit der Mutter theilen müſſen. *Nov.* 89. c. 12. §. 4. Die ſpurii ſind wiederum melioris conditionis, als die adulterini und inceſtuoſi. Denn jene erben ihren Müttern, quia mater ſemper certa eſt: dieſe aber können nicht einmal die alimenta bekommen. *Nov.* 89. c. *ult.* Bei den ſpuriis iſt ein Fall ausgenommen, wenn nemlich die Mutter, ſo perſona illuſtris iſt, einen Baſtard auſſer der Ehe erzeuget hat. Denn da hat der Keiſer *Juſtinianus* verordnet, daß derſelbe nicht der Mutter Erbe ſeyn ſoll, addita ridicula hac ratione, quia turpe ſit, ſpurium in familia illuſtri numerari. Da doch, wie ein ieder leicht erſiehet, die Schuld an der Mutter, und nicht an den armen Pamphilo lieget. L. 6. *Cod. ad SCtum Orphit.* PALÆOTVS *de nothis & ſpuriis, Hagæ Com.* 1655. 8.

§. 168. Wir wollen nun die modos legitimandi durchgehen. Es werden derſelben in unſern Rechten drei angeführet: 1) Per ſubſequens matrimonium, 2) per oblationem curiæ, und 3) per reſcriptum principis. IVLIVS PACIVS *in Analyſi Inſtitut. ad Tit. de Nuptiis. §. ult.* führet noch eine Art der legitimation an, wenn nemlich ein Vater ſein unehelich Kind in einem Inſtrument ſeinen Sohn genennet hat, welches er aus der *Nov.* 117. c. 2. erzwingen will. Allein es iſt dieſes nur eine præſumtion, daß ein ſolcher iuſtus filius ſey, donec probetur contrarium. Denn es iſt die legitimation eine Gnaden-Sache, welche von keinem privato kan verrichtet werden. Es kan der caſus vorkommen, wenn Leute aus einem Lande vertrieben werden. In dieſem Fall bleibt man dabei, daß es ächte Kinder ſeyn, weil man hierin dem Zeugniß des Vaters nothwendig Glauben geben muß. Die erſte Art der legitimation iſt von dem Keiſer *Conſtantino M.* eingeführet worden. Denn dieſer Keiſer ſuchte den concubinat aufzuheben, und verordnete dahero, daß di jenigen, welche bisher Concubinen gehalten, und dieſelben geheurathet hätten, die auſſer der Ehe erzeugten Kinder in der väterlichen Gewalt haben ſolten. Wir haben das Geſätz des Keiſers *Conſtantini M.* heut zu Tage nicht mehr, und weil daſſelbe nur in den vergangenen Zeiten gegolten hatte: ſo erneuerten daſſelbe die Keiſer *Zeno*, *Anaſtaſius* und *Juſtinus*. L. 5. 6 7. *Cod. de nat. lib.* Endlich hat der Keiſer *Juſtinianus* verordnet, daß dieſe Art der legitimation beſtändig ſolte gültig ſeyn. *Nov.* 74.

c. 1.

c. 1. wovon MATTHÆVS BLASTARES *in Hiſt. iuris* ſchreibet: *commutavit etiam leges de nothis, quas magnus Conſtantinus primus admiſit, majori commiſeratione in tales adfectus.* S. DESIDERII HERALDI *lib. I Rer. Quotid.* c. 4. Die andere Art der legitimation, per oblationem curiæ, hat der Keiſer *Theodoſius* der jüngere erfunden L. 3. *Cod. de nat. lib.* Die dritte Art, per reſcriptum principis, hat den Keiſer *Juſtinianum* zum Urheber. *Nov.* 74. c. 2. *Nov.* 89. c. 9.

§. 169. Wenn per ſubſequens matrimonium eine legitimation geſchehen ſoll: ſo müſſen liberi naturales ex concubina nati, honeſta ceteroquin femina, da ſeyn. Denn ſo bald als einer den Concubinat in eine rechtmäßige Ehe verwandelt, und der auſſer der Ehe erzeugten Kinder ihre Mutter zur Frau nimmt: ſo werden die Kinder legitimirt. Daher wird darzu erfordert, a) daß die Mutter honeſta femina ſeyn muß; denn iſt es ein proſtibulum: ſo kan keine legitimatio ſtatt finden. §. *ult. Inſt. h. t.* b) Muß die Ehe nothwendig erfolget ſeyn. Denn da wird fingirt, als ob die auſſer der Ehe erzeugten Kinder wären in der Ehe erzeuget worden, und dadurch werden ſie liberi legitimi. Es wird aber hierbei billig gefragt: ob nicht auch inſtrumenta dotalia dazu nöthig ſind, wenn die legitimatio ihre Richtigkeit haben ſoll? Wir haben nicht ohne Urſache dieſe Frage aufgeworfen, weil es das Anſehen gewinnen will, als hätte der Keiſer *Juſtinianus* in §. *ult. Inſt. h. t.* zu der legitimation inſtrumenta dotalia erfordert. Allein es dienet darauf zur Antwort, daß zu den Zeiten dieſes Keiſers die inſtrumenta dotalia allerdings nöthig waren, weil dieſelben eine Anzeige gaben, daß die Ehe richtig eingegangen worden: dagegen dieſes bei uns heut zu Tage hinwegfällt. Zu den Zeiten des Keiſers *Juſtiniani* hatte man keine ſolennen Gebräuche bei Eingehung der Ehe. Die confarreatio war bei den alten Römern üblich geweſen; die Kaufung der Weiber, und der Uſus waren damals nicht mehr im Gebrauch: und die Prieſterliche Einſegnung im Angeſicht der Kirche war noch nicht angenommen: und daher hatte man kein Zeichen, wodurch der Mann ſeine Frau von einer Beiſchläferin unterſcheiden konnte, als die inſtrumenta dotalia. Daher leſen wir bei PLAVTO *in Trin. Act. III. Scen.* 2. v. 64. daß *Lesbonicus*, welcher alle ſeine Güter verſchwendet hatte, dennoch ſeine Schweſter dem *Lyſitelo*, ob er gleich ein reicher Mann war, ohne eine Mitgabe nicht verheurathen wolte, wovon er dieſe Urſache anführet:

Sed ut inops, infamis ne ſim, ne mihi hanc famam differam.
Me Germanam meam ſororem in concubinatum tibi
Sic ſine dote dediſſe magis, quam in matrimonium.

Daher die Jungfrauen, welche keine dotes hatten, nicht leichtlich einen Mann bekamen. PLAVTVS *Aulul. Act. I. Scen. v.* 14. Und daher darf man ſich nicht ver-

verwundern, daß der Keiser *Iustinianus* bei der Ehe Instrumenta dotalia erfordert hat. Es fallen aber dieselben bei uns hinweg, weil die ἐυλογία ecclesiastica angenommen ist, wodurch man eine eheliche Frau von einer Beischläferin unterscheiden kan. Die Teutschen haben auf die Priesterliche Einsegnung dergestalt gesehen, daß die Kinder, welche solten legitimirt werden, bei der Priesterlichen Einsegnung unter dem Mantel der Mutter musten verborgen werden, wovon sie hernach Mantel-Kinder genennet wurden. DV FRESNE *in Glossario*, voce *Pallium*. DIETHERR *Contin. Thesaur. Besold.* p. 384. Mehrere Exempel können davon nachgelesen werden in des gelehrten Herrn OTTO *Iurisprudentia Symbolica. Exerc. III.* c. 4. p. 276. seqq. alwo auch von den adoptionibus, welche auf gleiche Art verrichtet worden, gehandelt wird. Ja es ist der faveur für die Kinder so groß, daß so gar die Kinder legitimirt werden, wenn ihre Eltern nur das Verlöbnis gehalten, die Ehe aber nicht haben vollziehen können, wovon MEVIVS *P. II. Dec.* 81. ein Exempel anführet. Es ist auch genug, wenn die Eltern die Ehe in articulo mortis vollzogen haben, L. 11. *Cod. de nat. lib.* STRVV *Exerc. III. thes.* 20.

§. 170. Die andere Art der legitimation, welche der Keiser *Theodosius* eingeführet hat, geschiehet per oblationem curiæ. Wenn man diese Sache recht verstehen will, so ist aus den Römischen Alterthümern zu mercken, daß hier per curiam magistratus municipalis müsse verstanden werden. Denn in einem jeden municipio waren gewisse Senatores, welche man Decuriones nennete: und diesen waren die Duumviri als Burgemeister vorgesetzet. Dieses waren Aemter, mit welchen eine Würde und Ansehen verknüpfet war, und sie hatten in dem municipio die Gerichtbarkeit. Nichts destoweniger wolten sich wenige Leute zu solchen Obrigkeitlichen Aemtern gebrauchen lassen, und es hat BARNABAS BRISSONIVS *in Antiquitatibus Selectis lib. III.* c. 16. angemercket, daß die Heiden öfters die Christen zur Strafe ad curias verdammet haben. Die Ursache aber ist diese gewesen, weil die Curiales in ihren Aemtern viel Geld aufwenden musten. Denn sie musten auf ihre Kosten Schauspiele anstellen, das Volck traktiren, und andere beschwerliche Dinge mehr thun: daß also diese Würde öfters ihr gantzes Vermögen verzehrete. Weil nun bei diesen Aemtern solche grosse Unkosten erfordert wurden, und diese Herren splendidam miseriam hatten: so muste man die Leute durch besondere privilegia anlocken, die Aemter in municipiis zu übernehmen. Es verdienet hiervon des Herrn OTTO schönes Buch *de Ædilibus Coloniarum & municipiorum* c. 5. nachgelesen zu werden. Unter diesen privilegiis war eines der vornehmsten, welches der Keiser *Theodosius* der jüngere gab, daß diejenigen Kinder, welche ausser der Ehe würden erzeuget werden, solten legitimirt seyn, wenn dieselben sich dem municipio zueigenen würden. Denn sonst wür-

wurden in municipiis nur legitime nati zugelaſſen. L. 3. §. 1. D. *de Decur.* nachgehends aber den Vätern erlaubet, daß ſie ihre unächten Kinder der curiæ widmen konten, nicht daß ſie gleich Decuriones werden ſolten, wie ſich THEOPHILVS in *Paraphraſi Inſtit. h. t.* eingebildet hat, welches niemand beſſer eingeſehen hat, als der fürtrefliche ICtus EMVNDVS MERILLIVS *lib. VII. Obſervat.* c. 26. p. 109. alwo er auch die Antwort beigebracht hat, welche er auf den Einwurf eines gewiſſen Printzen gegeben. Es iſt aber dieſes eigentlich kein privilegium, ſondern die auſſer der Ehe erzeugten Kinder wurden zwar legitimirt, ſie wurden aber auch Leibeigene bei der curia. Zuletzt iſt hierbei noch zu mercken, daß die Keiſer *Leo* und *Anthimius* in L. 4. *Cod. de nat. lib.* und *Juſtinianus* in L. 9 *Cod. eod. Nov.* 89 c. 11. ſeqq. dieſen modum beſtättiget haben. Da wir aber heut zu Tage dergleichen privilegia nicht mehr übrig haben, und die Leute bei ietziger Zeit in den kleineſten Städten ſich zu den Obrigkeitlichen Aemtern faſt dringen; überdem auch unſere Magiſtrats-Perſonen keine Koſten auf Schauſpiele, noch Schmauſereien wenden dürfen, und alſo dieſe Würde nichts beſchwerliches bei ſich führet: ſo erkennet ein ieder gar leicht, daß dieſer modus legitimandi heut zu Tage nicht mehr im Gebrauch ſey.

§. 171. Der dritte modus legitimandi geſchiehet per reſcriptum principis, da einer, der einen unächten Sohn hat, den Landesherrn angehet, und bittet, daß er denſelben legitimiren möge. Erhält er dieſes: ſo wird das Kind pro legitimo gehalten. Dieſe Weiſe iſt noch heut zu Tage im Gebrauch, und ſolches kan auch durch die Keiſerlichen Hof-Pfaltzgrafen geſchehen. GEORGIVS SCHVBARTH *de Comitibus Palatinis.* Es wollen dieſes aber viele Teutſche Fürſten in ihren Ländern nicht mehr leiden, ſondern verlangen, daß bei ihnen die legitimatio ſoll geſucht werden. Am beſten iſt, daß derjenige, welcher ſich will legitimiren laſſen, ſolches ſowol von dem Landes-Fürſten, als auch von dem Keiſerlichen Hof-Pfaltzgrafen thun laſſe, welches ihm dann im gantzen Heil. Römiſchen Reich zu ſtatten kommen wird. Es geſchiehet aber dieſe legitimatio nicht ad conſequendam patriam poteſtatem, ſondern nur ad tollendam maculam.

§. 172. Wir wollen nun die iura legitimationis abhandeln. Oben (§. 166.) iſt geſagt worden, daß die auſſer der Ehe erzeugten Kinder durch die legitimation unter die väterliche Gewalt gebracht werden, aus welchen Grunde wir alle Wirckungen der legitimation gar leicht erſehen können. Denn daraus erhellet, 1) daß keine legitimation geſchehen kan, wenn die Kinder, die da ſollen legitimirt werden, nicht darein ihren Willen geben. L. 11. D. *de his, qui ſui vel al. iur. ſunt.* Es möchte dieſes einen wunderlich vorkommen, zumal wenn er bedencket, daß die legitimatio ein beneficium iſt: allein es dienet zur Antwort, daß dieſelbe auch ein groſſes onus mit ſich führe, weil

weil dieſelbe ein capitis deminutio iſt. Denn ein Menſch, welcher ſui iuris iſt, wird ein filiusfamilias, und dadurch alſo einem andern unterworfen. Was er vorher erwarb, das adquirirte er niemand als ſich ſelbſt, weil er keinen Vater hatte, in deſſen Gewalt er war: würde er aber legitimirt, ſo adquirirte er alles dem Vater. Dahero es die Billigkeit erforderte, daß die Kinder, wenn ſie ſolten legitimirt werden, dazu nothwendig ihren Willen geben muſten. Jedoch kan heut zu Tage die legitimatio absque effectu patriæ poteſtatis, auch da die Kinder nicht einmal etwas davon wiſſen, geſchehen. THOMASIVS *in Notis ad* STRAVCHII Diſſert. *Iuſtin. diſſ. IV. th.* 13. 2) Flieſſet aus obigen principio (§. 166.), daß die legitimirten Kinder ihres Vaters Erben werden. Denn da die legitimirten Kinder vel filii vel filiæfamilias werden: ſo folget auch daraus, daß ſie Erben ihres Vaters ſind: gleichwohl macht man einen Unterſchied, ob die Kinder per ſubſequens matrimonium oder per reſcriptum principis legitimirt worden ſind. Im erſten Fall ſuccediren ſie indiſtincte, nicht anders, als ob ſie legitimi wären. §. 3. *Inſt. h. t.* §. 2. *Inſt. de hered. ab inteſt.* L. 10. *Cod. de nat. lib.* Im letzen Fall erben ſie den Vater alsdenn erſt, wenn der Vater und der princeps ſolches haben wollen: iſt aber ſolches nicht geſchehen, ſo können ſie ſich auch keiner Erbſchaft anmaſſen: es wäre denn, daß ſie allein, und keine andere liberi legitimi vorhanden. Ja, wenn es auch gleich der Vater verlanget hat, und der princeps hat ſeinen Willen darein gegeben: ſo können ſie zwar erben, doch nehmen die vorhandenen ächten Kinder præcipuam portionem legitimam hinweg. Siehe THOMASII diſſ. *de Vſupractico doctrinæ Inſtitutionum de Legitimatione* c. 2. Hierbei entſtehet die Frage: ob die legitimati per ſubſequens matrimonium können Reichs-Cammer-Beiſitzer werden? Wir läugnen dieſes, weil in der Cammer-Gerichts-Ordnung *P. I. Lib. III.* §. desgleichen ꝛc. ausdrücklich geſagt wird: daß diejenigen nur ſollen zu *Adſeſſoribus Cameræ* angenommen werden, welche aus rechter natürlicher ehrlicher Geburt. Welche alſo denjenigen entgegen geſetzet werden, die man per fictionem pro legitimis hält. MYNSINGER *Cent. IV. obſ.* 31. Die liberi per reſcriptum principis legitimati werden zu den Handwerckern gelaſſen. HAHN *ad* WESENBECIVM *lib. I. Tit. VII.* n. 2.

§. 173. In dieſen Syho haben wir noch übrig anzumercken den uſumpracticum de legitimatione. Wir wollen hierbei nur zweierlei gedencken. 1) Daß die oblatio curiæ heut zu Tage nicht mehr im Gebrauch ſey. (§. 171.) 2) Die übrigen beiden gelten heut zu Tage noch, wovon wir ſchon vorher ausführlich geredet haben. Ja heut zu Tage können auch ſpurii, adulterini und inceſtuoſi legitimirt werden, wenn nur die Ehe per diſpenſationem kan erhalten werden. c. 6. X. *qui lib. ſint. legit.* STRYK *in Vſu Mod. lib. I. Tit. VII.* §. 11. 12. 13.

Tit. XI.

De Adoptionibus.

§. 174.

In gegenwärtigen Titel wird von der adoption gehandelt, weil dieselbe die dritte Art ist, wodurch die väterliche Gewalt erhalten wird. Weil nun von den beiden ersten Arten, nemlich de nuptiis und de legitimatione ist geredet worden: so haben wir nunmehro auch die adoption zu betrachten. Bei den Römern war die adoption sehr im Gang; hingegen ist dieselbe bei uns sehr selten, doch auch nicht gantz unbekant: wovon die Ursache unten soll angezeiget werden.

§. 175. Die adoptio wird in zweierlei Verstande genommen: entweder in sensu latiori oder strictiori. Wenn wir dieselbe in sensu latiori nehmen, so begreift sie unter sich zwei species, nemlich adrogationem & adoptionem; wird sie aber in sensu strictiori genommen, so wird sie der adrogation entgegen gesetzet: und dieses ist die Ursache, warum TRIBONIANVS sowol in den *Institutionibus*, als in den *Digestis* die Rubrik dieses Titels in plurali, de adoptionibus gesetzet hat. Wir nehmen hier das Wort adoptio in sensu latiori, und daher wird gefragt: was alsdann die adoptio sey? Wir definiren dieselbe also: adoptio, latius accepta, est actio solemnis, qua in locum filii vel nepotis adsciscitur is, qui natura talis non est. Wir nennen dieselbige actionem solemnem, weil sie entweder vor dem Volck, in comitiis, oder vor fünf Zeugen, antestato & libripende, per æs & libram geschahe, wie wir bald hernach sehen wollen. Es kan auch diese adoptio noch ietzo eine actio solemnis genennet werden, weil dieselbe entweder vor dem Landesherrn, oder vor dem Magistrat geschiehet. Wir haben hinzu gesetzt, qua in locum filii vel nepotis adsciscitur is, qui natura talis non est. Unter dem Wort filius, wird auch filia, und unter nepos neptis verstanden, quia sexus masculinus sub se comprehendit sexum femininum. Wenn gesagt wird, qui natura talis non est: so kan dieses Moses mit seinem Exempel erläutern. Dieser war der Natur nach kein Sohn der Tochter Pharaonis: er wurde aber dieses durch die adoption. Aus dieser definition fliesset das axioma, welches durch diesen gantzen Titel herrschet: adoptio imitatur naturam. §. 4. *Inst h. t.* Der Verstand dieser Regel ist, quod is, qui per naturam pater aut filius esse nequit, nec possit etiam esse per adoptionem. Z. E. Ein Kind von zehen Jahren kan natürlicher Weise noch keinen Vater abgeben, daher kan es auch kein sol-

solcher per adoptionem werden. Der Sohn kan natürlicher Weise nicht den Vater an Alter übertreffen, also kan auch einer, der adoptiren will, und jünger ist, als der adoptandus, solches nicht bewerckstelligen, quia adoptio imitatur naturam. Das andere axioma ist, adoptio ist eingeführet, εἰς τὸ ἐκ τῆς φύσεως ἐλάττωμα ἢ δυσύχημα ἐπικουφίσαι, *ad molliendum naturæ defectum vel infortunium*, wie THEOPHILVS *pr. h. t.* redet. Ich muß hierbei, ehe ich weiter gehe, noch etwas von dem alumno sagen. Quær. Ist nicht ein alumnus ein filius adoptivus? Wir antworten: Nein! Denn ein solcher alumnus ist nur als ein Pflege-Kind aufgenommen worden, ohne die geringsten Solennitäten; daher unterscheidet sich eben von demselben ein filius adoptivus, von welchen gesagt wird, adsciscitur: sciscere aber ist ein Wort, welches so viel bedeutet, als aliquid per legem statuere, wie GRONOVIVS in *diatriba ad Statium Papinianum* c. 5. p. 26. gar schön gezeiget hat. Sodann ist auch bey einem alumno keine väterliche Gewalt, wie auch keine successio ab intestato: welches sich aber alles bei dem filio adoptivo findet.

§. 176. Aus dem axiomate, adoptio imitatur naturam, kan gar leicht die Frage beantwortet werden: quinam possint adoptare? Wir antworten darauf, es kan ein iedweder adoptiren, welcher Vater seyn oder Kinder zeugen kan. Daher auch die spadones adoptiren können, weil die Hofnung noch da ist, Kinder zu zeugen. Viele von den Alten haben sich daraus nicht finden können, weil sie die spadones von den castratis nicht gnugsam unterschieden haben. Wenn das Wort spado in sensu latiori genommen wird, so begreift es alle diejenigen, welche nicht im Stande sind, Kinder zu zeugen, es sey nun dieses entweder beständig, oder auf einige Zeit, oder es komme her aus einem Fehler der Natur, oder aus einem Zufall. L. 6. D. *de Aedilitio edicto.* L. 128. D. *de Verb. Sign.* Eigentlich aber heisset spado derjenige, qui integras partes habet genitales, sed propter morbum ad tempus friget. L. 6. *pr.* D. *de lib. & postum.* aber Castratus oder Evnuchus heisset, welcher die zur Erzeugung nöthigen Glieder nicht hat L. 7. D. *de Aedil. Edict.* Dieser kan also nicht adoptiren, da er nicht heurathen kan, quia adoptio imitatur naturam. OTTO *in Comment. ad* L. 27. §. 28. D. *ad* L. *Aquill.* Doch hat der Keiser *Leo Sapiens* den Verschnittenen erlaubet, daß sie adoptiren können: vermuthlich aus keiner andern Ursache, als weil diese Leute damals an des Keisers Hofe viel gegolten haben. *Novella Leonis* 26. So können auch 3) impuberes nicht adoptiren, weil dieselben noch nicht heurathen und keine Kinder erzeugen können, nam adoptio imitatur naturam, §. 4. *Inst. h. t.* 4) Ist auch den Frauens-Personen das adoptiren untersagt L. 21. D. *de Adopt. & emanc.* Andere Völcker haben dem Frauenzimmer erlaubet, daß sie adoptiren können, wie wir das Exempel in der Heil. Schrift an der Tochter Pharaonis und Moses haben. Aber

bei dem Römern hat man es nicht erlaubet, nisi in solatium liberorum amissorum ex indulgentia principis §. 10. *Inst. h. t.* L. 5. *Cod. h. t.* SVETONIVS *in Galba* c. 4. Aber es verdiente diese Handlung nicht einmal den Namen einer adoption. Denn da eine Frau keine Gewalt über die Kinder hatte: so bekam auch diejenige, welche adoptirt hatte, keine Gewalt über die liberos adoptivos, und die liberi adoptivi waren nur wie alumni oder Pflege-Kinder anzusehen. Daher dergleichen liberi adoptivi nur ab intestato succedirten L. 38. D. L. 5. *Cod. h. t.* Da wir gesagt haben, die Weiber können adoptiren in solatium liberorum amissorum: so ist es freilich ein gantz ausserordentliches Exempel, daß die Keiserin *Valeria*, ob sie gleich Kinder gehabt, dennoch *Candidianum* adoptirt hat. LACTANTIVS *de Mortibus Persequutorum* c. 50. So können endlich 5) natu minores nicht maiores adoptiren, denn das würde sonst sehr unfüglich heraus kommen, wenn der pater 12. Jahr und der Sohn 30. Jahr seyn würde. Daher haben die Rechte verordnet, daß, wenn einer iemanden zum Sohn annehmen will, er 18. Jahr alt seyn soll L. 40. §. 1. D. *de Adopt. & Emanc.* §. 4. 5. *Inst. h. t.* Will aber iemand einen zu seinen Enckel annehmen: so muß er 36. Jahr alt seyn. Man darf sich hierbei das Exempel des Keisers *Elagabali* gar nicht irren lassen, da er *Alexandrum Severum*, der kaum 4. Jahr jünger als er gewesen, adoptirt hat. Denn selbst HERODIANVS *lib. V.* c. 7. welcher diese Geschichte erzehlet, sagt, daß sich der Keiser mit dieser Adoption bei iedermann ridicul gemacht habe. Zu dem konte dieses der Keiser thun, nicht aber ein privatus, weil wir uns nicht nach den Beispielen, sondern nach den Regeln oder Gesätzen richten.

§. 177. Wir haben oben (175.) gesehen, das der finis adoptionis sey, in solatium eorum, qui liberos non habent, und dieses hat sich bei den meisten Völckern gefunden, HOMERVS *lib. IX. Iliad.* v. 491. DIODORVS SICVLVS *lib. IV.* c. 3. Daraus können wir nun ein neues axioma ziehen, woraus folgende Schlüsse fliessen: 1) Wer adoptiren will, der muß 60. Jahr alt seyn, und also keine Hofnung mehr haben, Kinder zu erzeugen. Denn ist er noch unter 60. Jahren, so wird es ihm nicht erlaubet, weil er da noch selbst im Stand ist Kinder zu erzielen, wenn er nur sonst dazu Belieben trägt L. 17. §. 2, D. *de Adopt. & emanc.* Sodann wird 2) niemand zugestanden zu adoptiren, wenn er schon Kinder haben solte L. 17. §. 3. D. *eod.* wenn es auch gleich liberi naturales. Solches kan man aus CICERONIS *Orat. pro dom. sua* c. 13. ersehen, da *Cicero* des *Publii Clodii* adoption zu vernichten gesucht, und zwar aus dem Grunde, weil *Clodii* pater adoptivus schon natürliche Kinder gehabt: daher er auch dieselbe *fictam & simulatam adoptionem* nennet. Mit was vor Recht hätte also wohl CICERO dieses sagen können, wenn denjenigen wäre erlaubet gewesen zu adoptiren die schon Eltern waren. Es möchte hier iemand

mand einwenden, daß ja so viele Exempel vorhanden, welche dieser Regel gantz und gar zuwider liefen? Es ist wahr, und der Herr REINOLD *in Var. Iur.* c. 42. p. 307. hat viele derselben zusammen getragen: allein es ist wohl zu erwegen, daß dieses ausserordentlich, & probata cauſſa geschehen ist L. 15. §. 2. *de Adopt. & emanc.* Und überdem hat PERIZONIVS *in Animadverſ. Hiſtor.* c. III. p. 125. wohl angemercket, daß diejenigen, welche ohne Noth adoptirt hätten, sich bei iedermann zum Gelächter gemacht. Wer einem zum Enckel adoptiren will, der muß den Consens seines Sohns dazu erhalten L. 5. L. 6. D. *de Adopt. & emanc.* Denn sonst würde der Sohn wider seinen Willen einen Erben bekommen, welches doch die Gesätze nicht zugeben. Dieser adoptirte Enckel hätte dem Sohne, als seinem Vater, ab inteſtato ſuccediren müssen: denn wer des Groß-Vaters Enckel ist, der ist des Sohnes Sohn. Es siehet also iedermann daraus, daß bei der adoption eines Enckels der Consens des Sohnes nöthig war. Es ging aber auch an, daß einer, der keinen Sohn hatte, doch iemand zum Enckel adoptiren konte. Es ist dieses etwas besonders, und es heisset hier gewiß nicht, adoptio imitatur naturam: daher auch CONTIVS *lib. I. Subſ. lect.* c. 6. §. 5. *Inſt. h. t.* dieses unter die inopinata iuris zehlet. Allein VLPIANVS in L. 15. §. 1. D. *h. t.* und POMPONIVS in L. 43. D. *h. t.* geben diese raiſon: ut nepos *quaſi ex incerto filio*, vel *ex quolibet* natus intelligatur. Denn hier ist eine fictio legis, und der Sohn konte gestorben seyn. Letzlich setzen wir 4) noch hinzu, daß einem nicht erlaubt sey, viele Kinder zugleich ohne rechtmäßige und hinlängliche Ursache zu adoptiren. L. 15. §. 3. *de adopt. & emanc.*

§. 178. Wir haben bisher von der adoptione, wenn dieselbe in ſenſu latiori genommen wird, gehandelt: ietzo wollen wir sehen, was darunter verſtanden werde. In ſenſu latiori ist dieselbe zweierlei: vel adrogatio vel adoptio proprie ſic dicta. (§. 175.) Diese beeden Species sind von einander unterschieden, a) ſubjecto; denn diejenigen, welche ſui iuris und keiner Gewalt unterworfen sind, werden adrogirt: die filiifamilias aber, welches Personen, sind, qui alieno iuri ſubiecti ſunt, werden adoptirt. b) Forma vel modo. Nam adrogatio fit beneficio principis, per eius reſcriptum: adoptio imperio magiſtratus, in dessen Gegenwart, wenn sich der Vater erkläret, daß er diesen seinen Sohn wolle adoptiren lassen, und der adoptans gleichfalls sich erkläret, daß er diesen wolle an Sohnes statt annehmen, so hat alsdann die adoptio ihre vollkommene Richtigkeit. Daher handeln wir zuerst (§. 179-182.) von der adrogation: hernach aber (§. 183-186.) von der adoption.

§. 179. Wir handeln in diesen 5pho von der adrogation, und sagen: adrogatio eſt actus, quo homo ſui iuris auctoritate ſummi imperantis, in patriam alterius poteſtatem redigitur, §. 1. *Inſt. h. t.* L. 1. §. 1. L. 2. *pr.* D. *de adopt. & emanc.* Adrogatio hat nicht den Namen bekommen ab interrogatione,

tione, wie der alte Juriſt CAIVS in L. 2. *pr.* D. *de adopt. & emanc.* ſich eingebildet hat, ſondern von der rogatione, welche in calatis comitiis geſchahe, ſo oft einer iemand an Sohnes ſtatt annehmen wolte. AVLVS GELLIVS *lib. V. Noct. Attic.* c. 19. RADVLPHVS FORNERIVS *lib. VI. rer. quotid.* c. 2. Wenn wir in der definition geſetzet haben, auctoritate ſummi imperantis, ſo wird gefragt, wie die principes dieſes an ſich gebracht haben? Wir müſſen hier nothwendig etwas aus den Römiſchen Alterthümern beibringen. Tempore liberæ reipublicæ Romanorum geſchahe die adrogatio in comitiis curiatis deswegen, weil die adrogati Hofnung bekamen, die Erbſchaft zu erhalten. Wenn aber eine Erbſchaft auf einem andern kommen ſolte; ſo muſte das gantze Volck darüber erkennen: welches daraus zu erſehen iſt, daß auch die teſtamenta in calatis comitiis muſten gemachet werden. Sodann muſte dieſe adrogatio auctoritate pontificum vollzogen werden. Daher wird gefragt, warum dieſes geſchehen müſſen? GRAVINA *ad* LL. XII., *Tabb.* p. 452. muthmaſſet, daß dieſes ob religionem iurisiurandi geſchehen ſey, quo adrogatio ab omni calumnia & fraude pura præſtaretur. Allein dieſe Muthmaſſung hat keinen Grund, ſondern es geſchahe vielmehr deswegen, weil die adoptivi die ſacra familiæ verlieſſen, und andere annahmen, welches CICERO *pro domo ſua* c. 13. wohl erkläret, da er ſagt: *quid ſacra Clodiæ gentis? cur intercunt, quod in te eſt? quæ omnis notio pontificum, quum adoptaret, eſſe debuit.* Es muſten alſo die pontifices erwegen: ob der adoptans ein ſolches Alter hätte, daß er den andern an Sohnes ſtatt annehmen könte? ob er keine Hofnung hätte, Kinder zu zeugen? ob er nach eingegangener Verheurathung keine Kinder erzeuget? und was die Urſach ſey, warum er iemand an Sohns ſtatt annehmen wolte? GELLIVS *lib. V. Noct. Attic.* c. 19. CICERO *pro Domo ſua* c. 10. und 13. Ferner wurde derjenige, welcher adrogirte, gefraget, ob er denjenigen, welchen er adoptiren wolte, zu ſeinem Sohn anzunehmen geſonnen ſey? Im Gegentheil wurde der andere gefragt, ob er ſolches wolle geſchehen laſſen? L. 2. D. *de adopt. & emanc.* Die Formel findet ſich bei CICERONE *pro domo ſua* c. 29. *Credo enim, quamquam in illa adoptione legitime factum eſt nihil, tamen te eſſe interrogatum:* Auctorne eſſes, ut in te P. Fontejus vitæ necisque poteſtatem haberet, uti in filio. Wenn nun dieſes alles geſchehen war; ſo folgete die Rogatio ſolemnis, davon die Formel GELLIVS *lib. V. Noct. Attic.* c. 19. aufbehalten, die alſo lautet: *Velitis iubeatis, Quirites, uti L. Valerius L. Titio tam iure legeque filius ſibi ſiet, quam ſi ex eo patre matreque familias eius natus eſſet. Vtique ei vitæ necisque in eo poteſtas ſiet, uti patri endo filio eſt. Hæc ita, uti dixi, ita vos, Quirites, rogo.* Diejenigen, welche adrogirt waren, wurden alſo Kinder des adrogantis, und auch deſſen Erben. Und gleichwie die patricii, die ſich von den plebejis adoptiren laſſen, da-

dadurch plebeji wurden: alſo geſchahe es auch, daß die plebeji, welche von den patriciis adoptiret worden waren, die Rechte und Freiheiten der patriciorum erhielten. Es hat zwar dieſes IOANNES CORASIVS *ad* L. 35. D. *de adopt. & emanc.* läugnen wollen: allein das Exempel *Cn. Cornelii Coſſi* bei LIVIO *lib. V.* c. 12. widerleget ihn zur Gnüge. Denn dieſer war ex familia plebeja *Licinia*, und wurde in das Patriciat-Geſchlecht der *Corneliorum* aufgenommen. Man kan dieſes auch aus TACITO *lib. V. Annal.* c. 11. erſehen, alwo derſelbe berichtet: *Iulia Auguſta mortem obiit ætate extrema, nobilitatis per Claudiam familiam, & adoptione in Liviorum Iuliorumque clariſſima*; welches auch OVIDIVS *Faſt. IV.* beſtättiget.

Hic ad te magna deſcendit origine menſis
Et ſit adoptiva nobilitate tuus.

Siehe HVBERI *Digreſſ. Iuſtin. lib. II.* c. 24. Dieſe Weiſe, iemand zu adrogiren, hat in Rom lange Zeit gewähret. Ja der Keiſer *Auguſtus* hat ſelbſt *Agrippam* und *Tiberium* auf dieſe Art adoptirt, wie SVETONIVS *in Auguſto* c. 65. meldet; welches man auch von *Claudio* findet, da er *Neronem* adoptirt hat. TACITVS *lib. XII. Annal.* c. 24. Nachgehends glaubten die Keiſer, daß ſie den Geſätzen nicht unterworfen wären, und kehrten ſich alſo wenig an dieſe Gebräuche, welches wir aus dem Exempel bei TACITO *Lib. I. Hiſtor.* c. 14. 17. SPARTIANO *in Hadriano* c. 3. 4. *in Aelio Vero* c. 3. CAPITOLINO *in Antonino* c. 4. erſehen können. Jedoch iſt der alte ritus unter dem Römiſchen Volck bis auf die Zeiten *Galbæ* geblieben, welches aus den Worten TACITI *Lib. I. Hiſtor.* c. 14. erhellet: *Si te privatus, lege curiata, apud pontifices, ut moris eſt, adoptarem.* Siehe ANTON. SCHVLTING *ad* VLPIANI *Fragm.* p. 589. Denn nach dieſer Zeit fingen die Keiſer an, denjenigen, welche adrogiren wolten, beſondere reſcripta zu ertheilen, welches ſie um ſo viel eher thun konten, weil ſie ſelbſt Pontifices maximi waren. RÆVARDVS *de auctor. prudent.* c. 6. BOSIVS *de Pontificatu maximo imperatorum Romanorum. Galba* iſt alſo der erſte geweſen, welcher die alte Weiſe vorbeigegangen: und daher findet man, daß zu *Antonini Pii* Zeiten die adrogationes auctoritate principum geſchehen ſeyn. L. 21. L. 38. D. *de Adopt. & emanc.* Da nun dieſes einmal geſchehen war, ſo hat man immer nach und nach die adoptiones weiter ausgedehnet.

§. 180. Wir wollen nun ſehen, was bei der adrogatione nöthig geweſen. Wir haben in dieſem §pho geſetzet: æquiſſimum eſt, illum, qui adrogatur, auctorem fieri, d. i. Es muß der adrogatus allezeit in die adrogation conſentiren, weil er als ein homo ſui iuris eines andern Gewalt unterworfen wird, und alſo ſeinen Zuſtand verſchlimmert, faſt auf eben die Art, wie bei der legitimation. (§. 172.) Wir haben die Formel, womit einer gefragt wur-

wurde, (§. 179) ſchon angeführet, und können alſo alhier der Mühe überhoben ſeyn. Jedoch muß ich noch anmercken, daß ſich hierin der dritte Unterſchied zwiſchen der adrogation und der adoption findet. Denn ein filius familias konte auch wieder ſeinen Willen adoptirt werden: hingegen ein homo ſui iuris muſte, wenn die adrogation ſolte gültig ſeyn, allezeit darein conſentiren. Ferner ſtehet in dem §pho, liberos etiam & bona adrogati ſimul cum illo in adrogatoris poteſtatem & familiam tranſire §. 2. & 11. *Inſt. h. t.* Wenn alſo einer adrogirt wurde, und er hatte vorhero ſeine Kinder ſub patria poteſtate gehabt, ſo verlor er dieſelbe, und die Kinder kamen in desjenigen Gewalt, der ſie adoptirt hatte. Alſo fielen auch alle Güter, die ein ſolcher gehabt hatte, demjenigen zu, welcher ihn adrogirt hatte. L. 15. D. *de adopt. & emanc.* So gar die actiones & nomina fielen ihm zu, ohne einmal einer ceſſion nöthig zu haben. §. 1. *Inſt. de adquiſit. per adrogat.* Es iſt aber dieſe Weiſe ex auctoritate prudentum, aus den Griechiſchen Geſätzen, iure cuiusdam ſucceſſionis, wie TRYPHONINVS L. 22. §. 3. D. *de inoff. teſt.* redet, angenommen worden. Letzlich haben wir in dem §pho geſetzet, impuberem, qui auctor fieri non poteſt, iure veteri adrogari non potuiſſe. Denn einer, welcher noch nicht pubertatem erhalten, konte mit Bedacht ſeinen conſenſum nicht geben. Siehe THOMASII diſſ. *de uſupracticotit. Inſtit. de adoptionibus.* Dagegen ein minor cum conſenſu curatorum ſich konte adrogiren laſſen.

§. 181. Aber der Keiſer *Antoninus Pius* iſt davon zuerſt abgegangen, und hat erlaubet, daß auch impuberes adrogirt werden können. §. 3. *Inſt. h. t.* Wenn man aber die Urſachen, welche dieſer Keiſer dabei gehabt hat, genau erwegen will: ſo wird man finden, daß dieſelben darin beſtanden haben, daß er dergleichen adrogationes mehr in Abnahme als im Gang zu bringen geſucht hat. Welches man daraus erſehen kan, da er ſo viele requiſita bei dergleichen adrogationibus geſetzet. Denn 1) muſte tutorum auctoritas dabei ſeyn, und da war zu vermuthen, daß dieſelben groſſe Schwierigkeit machen würden, ſolches geſchehen zu laſſen. 2) War dabei nöthig conſenſus propinquorum: und dieſe werden gewiß nicht ſo einfältig geweſen ſeyn, daß ſie in die adrogation conſentirt, weil ſie davon vielen Schaden würden gehabt haben. 3) Wurde cauſſæ cognitio erfordert; denn man muſte ja die Urſache wiſſen, warum einer ein ſolches Kind adrogiren wolte, ne qua turpis cauſſa ſubeſſet L. 17. *pr.* L. 20. §. 1. D. *de adopt. & emanc.* 4) Muſte der adrogator caution ſtellen, a) daß wenn der Pupill intra pubertatem verſterben ſolte, deſſen Güter dem nächſten Erben zufallen ſolten. L. 18. 19. 20. D. *de adopt. & emanc.* b) Und wenn er den adrogatum impuberem ohne rechtmäßige Urſache emancipiren oder enterben würde, er ihm alle Güter, die er

zu

zu ihm gebracht, wieder reſtituiren und den vierten Theil ſeiner Güter heraus geben wolte. Dieſes wird die *Quarta Divi Pii* genenet, d. i. portio legitima.

§. 182. Da wir aber oben (§. 179.) geſagt haben, daß die adrogati in patriam poteſtatem kommen: ſo folget daraus, 1) daß ſie alle iura adgnationis, nicht aber die iura cognationis erhalten. Die Urſache iſt, weil die iura adgnationis civilia, die iura cognationis aber naturalia ſind. L. 23. D. *de adopt. & emanc.* Adgnati ſind die Schwerdmagen, Cognati aber die Spielmagen. Wenn nun einer adrogirt wird: ſo bekömmt er zwar den Vater, nicht aber die Mutter. 2) Bekommen die adrogati den Namen, die ſacra, und erhalten auch nobilitatem patriciam. L. 35. D. *de adopt & emanc.* L. 10. D. *de Senat.* PLINIVS *lib. XXXV. Hiſt. Nat.* c. 2. TACITVS *lib. I. Hiſtor.* c. 15. SENECA *lib. II. Controverſ.* c. 3. PERIZONIVS *Diſſ. Sel. I.* p. 83. Denn ein ſolcher wurde eben ſo angeſehen, als ob er von demſelben Vater wäre erzeuget worden. KNORRE diſſ. *de Nobilitate adoptiva.* Doch dieſes verhält ſich heut zu Tage bei uns in Teutſchland gantz anders. Denn wenn ein Edelmann iemanden adoptirt, der mit ihm nicht gleiches Standes iſt: ſo erhält der adoptivus keine iura nobilitatis. Die Urſache iſt, weil das Recht im Adelſtand zu erheben ein reſervatum Cæſaris iſt, deſſen ſich kein privatus anmaſſen kan. Wenn aber bei den Römern ein Patricius ſich von einem plebejo adoptiren ließ: ſo bekam er zwar den Namen und die iura agnationis, er verlor aber ſeinen Adel, iedoch mit dem Unterſchied, daß, wenn es Senatores oder ihre Söhne waren, dieſelben den ordinem ſenatorium nicht verloren, welches PERIZONIVS *c. l.* p. 14. mit dem Exempel *Clodii* beweiſet. Ueberhaupt kan dasjenige, welches wir bisher geſagt haben, ſehr ſchön aus den Briefen des Apoſtels Pauli Röm. VI, 17. VIII. 15. Gal. IV, 6. 7. Epheſ. I, 4. erläutert werden. Von den Namen, welchen die adoptivi annahmen, iſt zu mercken, daß dieſelben, auſſer ihren Geſchlechts-Namen, den Namen des adoptantis mit dem Zuſatz *anus* führeten. AVGVSTINVS *lib. III. emendat.* c. 8. SIGONIVS *de nom. Rom.* c. 3. FABRETIVS *Inſcript.* p. 318. SPANHEMIVS *de uſu & præſt. numiſm. diſſ. X.* p. 77. 3) Flieſſet auch daraus, daß die adrogati dem Vater, und den Brüdern, welche mit ihnen in gleicher Gewalt waren, wie auch andern agnaten, ſuccedirten: welches aber nicht anging bei des patris adoptivi Frau, noch ihren Cognaten. §. 2. *Inſt. de legitima agnat ſucceſſ.*

§. 183. Dieſes mag nun genug ſeyn de adrogatione: itzo wollen wir von der adoptione in ſpecie ſic dicta reden, welche wir folgender maſſen beſchreiben: Adoptio eſt actio legis, qua liberos, qui in parentum poteſtate ſunt, adoptamus imperio magiſtratus. L. 2. *princ.* D. L. 1. *Cod. de adopt. & emanc.* Wir ſagen, die adoptio ſey actio legis: denn wir haben oben

(§. 169. 2.) geſchen, daß actiones legis heiſſen, quæ α) coram certo magiſtratu, β) ſolemni ritu & formula, und γ) ſine procuratore, die & conditione erant explicandæ. Darunter gehöret nun auch die adoptio, welche nicht privatim konte verrichtet werden, ſondern coram magiſtratu, apud quem erat legis actio, geſchehen muſte. Und dieſe magiſtratus waren conſules, proconſules, prætores und præſides provinciarum. Es muſte auch dieſe adoptio ſolemni ritu vollzogen werden, welcher darin beſtunde, daß der Vater in Gegenwart des patris adoptivi, des Sohnes und gewiſſer Zeugen den Sohn mancipirte, mit den Worten: *mancupo tibi hunc filium, qui meus eſt.* Darauf faßte der pater adoptivus den filium adoptivum an, ſagende: *hunc ego hominem iure Quiritium meum eſſe ajo, isque mihi emtus eſt hoc ære, æneaque libra.* BOETHIVS *Comment. in* CICERONIS *Topic. III.* SCHVLTING *Iurisprud. Antejuſt.* Und dieſe mancipation muſte dreimal wiederholet werden, wenn einer an Sohnes ſtatt ſolte angenommen werden. Denn wenn einer ſolte als ein Enckel adoptiret werden: ſo wurde die Handlung durch eine einzige mancipation richtig gemacht. L. *ult. Cod. de adopt. & emanc.* War nun der dreifache Scheinkauf geſchehen: ſo hatte die adoptation ihre volle Gültigkeit erhalten, welches GELLIVS *lib. V. Noct. Attic.* c. 19. bezeuget: *Adoptantur autem quum a parente, in cuius poteſtate ſunt, tertia mancipatione in iure ceduntur, atque ab eo, qui adoptat, apud eum, apud quem legis actio eſt, vindicantur.* Auf eben dieſe Art konte einer auch zu Hauſe adoptiren: wie denn SVETONIVS *in Auguſto* c. 64. von *Auguſto* meldet, *Caium & Lucium adoptavit domi per æs & libram emtos a patre Agrippa.* Alsdenn muſten die Ceremonien entweder in cubiculo, oder in atrio, coram lecto geniali vollzogen werden, wohin die Stelle bei PLINIO *in Panegyr. Trajan.* c. 8. zielet: *Itaque non tuo in cubiculo, ſed in templo; nec ante genialem thorum, ſed ante pulvinar Iovis optimi maximi, adoptio peracta eſt.* Denn die lecti geniales wurden bei denen Verheurathungen dem genio zu Ehren geſetzet, wovon ſie ihren Namen bekamen. Man kan aber daraus nicht ſchlieſſen, daß bei dergleichen adoption die mater familias einen partum ſimulirt, welches bei einigen Völckern ſonſt üblich geweſen. DIODORVS SICVLVS *lib. IV. Bibl. Hiſt.* c. 40. *Illam adoptionem* (loquitur de adoptione Herculis) *hoc modo factam perhibent. Iuno lectum ingreſſa, Herculem corpori ſuo admotum, ut verum imitaretur partum ſubter veſtes ad terram demiſit, quem in hoc uſque tempus adoptionis ritum Barbari obſervant.* Wir geben alſo gar gerne zu, daß andere Völcker dieſe Weiſe beobachtet haben, daß aber dieſelbe auch bei den Römern ſoll ſeyn angenommen geweſen, wie der Hr. OTTO *in Papiniano* c. VIII. §. 5. aus der angeführten Stelle des PLINII ſchlieſſen will, welches er hernach *in Iurisprudentia Symbolica, Exerc. III.* c. 4. 5. umſtändlicher darzuthun

thun gesucht hat. Und weil er auch zugleich behauptet hat, daß solche Weise bei den Ebräern bekannt gewesen: so haben wir diese Meinung bei Gelegenheit einer Frage, die an unsere Juristen-Facultät ergangen, untersuchet, welche wir einem ieden mit Bedacht zu lesen recommendiren wollen (*). So muste auch

Anmerckung von denen Jüdischen *Adoptionibus*, und was der dabei gewöhnliche Mantel-Griff zu bedeuten habe?

Es kommt bei hiesiger Juristen-Facultät der Fall vor, daß ein auswärts lebender Jude seines Sohnes Kinder an Kindes statt aufgenommen, und zwar dergestalt, daß der Sohn seinem leiblichen Vater vor dem Parnas oder Vorsteher die ihm zustehende väterliche Gewalt über seine Kinder völlig übertragen, auch diesen Actum durch den gewöhnlichen Mantel-Griff befestiget. Hierbei entstehen verschiedene Rechts-Fragen, welche wir noch zur Zeit billig aussetzen. Jetzt aber wollen wir nur mit wenigen untersuchen, was es mit denen Jüdischen Adoptionibus, und dem dabei erwehnten Mantel-Griff vor eine Bewandniß habe.

§. 2. Wir setzen voraus, daß, obschon die Juden an die Römischen Rechte sich niemals gekehret, dennoch die Gewohnheit, andere an Kindes statt anzunehmen, bei ihnen nicht unbekannt sey. Sie haben hierinnen die Schrift vor sich, als welche bezeuget, daß Israel, von welchen sie herkommen, noch auf seinem Sterbe Bette seine beede Enckel, Ephraim und Manasse, auf eine so reelle Art zu seinen Kindern angenommen, daß selbige sich aller Vortheile der übrigen Söhne Israels zu erfreuen gehabt, auch dannenhero ihre Nachkommen gleich andern Stämmen ihre besondern Antheile von dem gelobten Lande nach dem Looße erhalten. Genes. XLVIII, 12. Einige vermeinen noch andere dergleichen Exempel in der Schrift und denen Geschichten der Juden zu finden, und geben nicht nur die Königin Esther vor eine angenommene Tochter Mardochai aus, weil Esth. II, 7. und 15. in der Teutschen und Lateinischen Bibel stehet, Mardochai habe sie nach Absterben ihrer Eltern zur Toch-

(*) Weil die Hallischen Anzeigen, worin diese Anmerckung zu finden, nicht in iedermanns Händen sind: so erachtet man für nöthig, diese ungemein gelehrte Abhandlung hierbei mit einzurücken.

letztens die Adoption sine procuratore, die, & conditione geschehen. Denn da alle Requisita actionum legis da sind: so haben wir dieselbe auch also beschrie-

ter aufgenommen; sondern sie erweisen auch aus Iosepho Antiqu. Iud. Lib. I. Cap. VII. daß Abraham seines Weibes Bruder Loth adoptiret, weil er natürliche Kinder zu erzeugen sich wenig Hofnung machen können. Allein gleichwie Iosephi Erzehlung in der Schrift keinen Grund hat, und selbige unfehlbar auf eine Rabinische Tradition hinaus laufen wird: also lesen die Rabbinen Esth. II, 7. und 15. an statt לבת zur Tochter, לבית ins Haus, und erklärten den Ort so, daß Mardochai seine Pflegbefohlne ins Haus genommen, und sie zu seiner künftigen Ehegattin auferzogen. Welche Auslegung auch denen siebenzig Dollmetschern gefallen, die diese Stelle folgendergestalt übersetzet: ἐπαίδευσεν αὐτὴν ἑαυτῷ εἰς γυναῖκα. Er erzog sie für sich, als seine künftige Ehefrau. Allein, wenn wir auch gleich das Wort לבת, wie billig, beibehalten: so hat doch bereits Selden. de Success. ad Leg. Ebr. cap. IV. gar wohl erinnert, daß man bei solcher Redens-Art an keine wirckliche Adoption, dergleichen die Römer gehabt, gedencken müsse, sondern der eigentliche Sinn dieses heiligen Schreibers bloß dahin gehe, daß Mardochai seine Pflegbefohlne Esther, als seine eigene Tochter, geliebet, und sie wie ein Vater sein leiblich Kind mit der grösten Sorgfalt erzogen habe. Es fallen also wohl diese beide Exempel hinweg. Hingegen hat es mit Ephraims und Manasse Adoption seine unstreitige Richtigkeit, und man siehet aus dem Erfolg, daß diese angenommene Söhne, durch solche Adoption, keine blosse Pflege-Kinder ihres Groß-Vaters Israels worden, sondern an dessen Verlassenschaft und dem ihm verheissenen Lande Canaan eben das Recht, dessen nach der Zeit die natürlichen Kinder Jacobs zu geniessen hatten, wircklich erlanget.

§. 3. Diesemnach hat man keine Ursach zu zweifeln, daß die Adoption auch unter denen Juden bekannt sey. Es schätzet sich dieses Volck vor die höchste Ehre, nicht zwar leider im Glauben und der Gottseligkeit, iedoch in dergleichen äusserlichen Wercken ihren Urheber Israel nachzuahmen, und wird also auch ein Jude sich unstreitig befugt halten, seines Sohnes Kinder vor die seinigen anzunehmen, da er hierinnen den Ertz-Vater Jacob zum Vorgänger hat. Der vorhin angezogene Seldenus hat an besagtem Ort aus dem Talmud gewiesen, daß, wenn ein Jude ein von seiner leibeigenen Magd gebohrnes Kind freigelassen, und selbiges vor das seinige erkannt, dieses alsofort Kindes-Recht erlanget, und sei-

nes

schrieben. Wir haben aber ferner in der Definition gesetzet: qua liberos, qui in parentum potestate sunt adoptamus imperio magistratus: durch diese Wor-

nes Vaters Nachlaß mit den übrigen aus rechtmäßiger Ehe erzeugten Söhnen und Töchtern gleich getheilet, ja auch noch bei dessen Leben berechtiget gewesen, ihn אבא Abba oder Vater zu nennen, da sonst kein Leibeigener sich dieser Anrede bedienen dürfen. Welche Anmerckung gewiß sehr erbaulich ist, immassen wir nunmehro leicht begreiffen können, warum der Apostel Gal. IV, 5. und Rom. VIII, 14. die Befreiung von der Dienstbarkeit des Gesätzes mit der υἱοθεσία und Kindschaft der Gläubigen verbinde, und dannenhero sonderlich am letztern Ort sehr bedencklich schreibet: Welche der Geist GOttes treibet, die sind GOttes Kinder. Denn ihr habet nicht einen knechtischen Geist empfangen, daß ihr euch abermal fürchten müstet: sondern ihr habt einen kindlichen Geist empfangen, durch welchen ihr rufet: Abba, lieber Vater. Derselbige Geist giebt Zeugniß unserm Geist, daß wir GOttes Kinder sind. Sind wir denn Kinder, so sind wir auch Erben, ꝛc. ꝛc. Ein ieder siehet, daß Paulus auf diese Jüdische Adoption, so durch Freilassung eines Leibeigenen geschahe, durchgehends alludire. Und es giebet uns dieses einen neuen Beweis, daß die Adoption unter denen Juden nichts ungewöhnliches gewesen.

§. 4. Nur ist die Frage: Was vor Formalitäten die Juden bei dergleichen Handlung brauchen müssen, wann selbige zu Recht bestehen sollen? Daß die meisten gerichtliche und auffergerichtliche Händel der weisesten Gesätz-Geber an gewisse Ceremonien und Ritus gebunden, bekräftigen die Gewohnheiten, welche Deut. XXV, 7. Ruth. IV, 7. Exod. XXI, 5. und an andern Orten vorkommen, und beschämen diese Gebräuche zugleich diejenigen, welche aller von denen Römern bei ihren bürgerlichen Handlungen gebrauchter Ceremonien und Formeln so leichtsinnig spotten. Solte denn nun wohl eine so wichtige Handlung, als die Aufnehmung an Kindes statt ist, ohne dergleichen Formalitäten geschehen seyn? und worinnen mögen wohl selbige bestanden haben?

§. 5. Der berühmte Rechtsgelehrte zu Utrecht, Herr EV. OTTO, hat bereits vor vielen Jahren in seinem *Papiniano Cap. VIII. §. 5.* behaupten wollen, daß die Römer bei ihren Adoptionibus die natürliche Erzeugung und Geburt eines Menschen durch gewisse Ceremonien abgebildet. Nachhero aber hat dieser gelehrte und belesene Mann in der vor 3 Jahren edirten Iurisprudentia Symbolica, Exerc. III. Cap. IV. & seq. diese seine

Worte wird die Adoptio von der Adrogatione mercklich unterschieden. Denn durch die Adrogation wurden homines sui iuris, oder patres familias in alteri-

Meinung ausführlicher vorgetragen, und nicht allein von den Juden, sondern auch fast von denen meisten übrigen Völckern erweisen wollen, daß man die Kinder, so man vor die seinigen annehmen wollen, auf den Schooß genommen, um die natürliche Zeugung und Geburt desto eigentlicher vorzustellen. Er führt zu dem Ende an die Worte Genes. XLVIII, 12. Und Joseph nahm sie, (nemlich Ephraim und Manasse) ברכיו מעם von seinem Schooß, und neigte sich gegen sein Angesicht. Er beziehet sich auf die Worte Rahels Genes. XXX, 3. da dieselbe verlanget, es solte ihre Magd Bilha auf ihrem Schooße gebähren, damit sie durch sie erbauet, oder mit Kindern erfreuet werden möchte, an welchem Ort auch die bewährtesten Ausleger, als *Lyra*, *Pererius*, *Abulensis*, und unter den neuern *Clericus* und *Grotius*, sowol in seinem Buch *de Iure Belli & Pac.* Lib. II. Cap. VII. §. 8. als in dem *Commentario ad Luc. III, 23.* eine Adoption zu finden vermeinen. Nicht weniger beruft sich ermeldter Herr *Otto* auf die merckwürdige Schriftstelle Ruth. IV, 16. 17. woselbst von Naemi gemeldet wird, daß sie das von ihrer Schnur, die Ruth, gebohrne Kind auf ihren Schooß geleget, und darauf ihre Nachbarinnen in diese Worte ausgebrochen: Naemi ist ein Kind gebohren. Wir übergehen, was Philo de vita Mos. Lib. I. p. 605. von der Tochter Pharaonis, und dem von derselben bei Aufnehmung des Mosis gebrauchten Ritu erzehlet, weil solche Erzehlung Philonis theils in der Schrift keinen Grund hat, theils dieselbe ebenfalls zu den Egyptischen Gebräuchen gehöret, mit welchen wir vorietzt nichts zu thun haben. Aus diesem allen nun solte fast zu schliessen seyn, daß eines theils bei denen Ebräern sowol Mannes als Weibes-Personen andere an Kindes statt aufnehmen können, da in den Römischen Rechten solches nur denen Müttern, die ihre Kinder zu frühzeitig verlohren, verstattet wird, §. 10. *Inst. de adopt.* andern theils aber bei den Juden keine andere Formalitäten dabei erfordert worden, als daß einer dergleichen Kinder auf den Schooß genommen, und dadurch die natürliche Zeugung und Geburt einigermassen abgebildet.

§. 6. Es ist nun zwar diese Anmerckung des hochberühmten Herrn Auctoris sehr gelehrt: iedoch, was die Ebräer betrift, nicht ausser Zweifel. Das Aufnehmen eines Kindes in den Schooß ist bei allen Völckern in der Welt nichts anders, als eine Bezeugung der innigsten Liebe gegen ein

terius potestate non constituti adoptirt: durch die Adoptation aber wurden homines in aliena potestate constituti angenommen. Hernach geschahe die Adro-

ein solches Kind. Und vor dergleichen Liebes-Bezeugungen lässet sich solches ohne Zwang in den meisten angeführten Schriftstellen annehmen, ohne daß man nöthig hat, auf eine solche nicht allzuwohl anständige Vorstellung der Geburt eines Menschen zu fallen. Jacob nahm Josephs Söhne in seinen Schooß, aus Großväterlicher Liebe. Denn er küssete, und herzete sie, und sprach: Siehe, ich habe dein Angesicht gesehen, das ich nicht gedachte, und siehe, GOtt hat mich auch deinen Saamen sehen lassen. Gen. XLVIII, 10. 11. Naemi legte vor Freuden das Söhnlein ihrer Schnur Ruth auf ihren Schooß, nicht in dem Absehen, selbiges an Kindes statt aufzunehmen, sondern, wie so fort dabei stehet, selbiges zu warten und zu pflegen. Man siehet auch leicht, warum die Nachbarinnen sich der Worte bedienet: Naemi ist ein Kind gebohren. Dann sie erklären sich selbst in dem vorhergehenden 14. und 15. Vers, daß es bloß darum geschehen, weil dieses Kind der Naemi Erbe, und ihr Trost und Zuflucht im Alter seyn würde: welches alles ohne eine wirckliche Adoption sich begreiffen lässet. Am allerwenigsten ist unsers Ermessens dergleichen simulatio partus der Rahel in den Sinn gekommen, daß die Redens-Art רחלרע—לנובי mehr nicht anzeige, als daß Rahel das von der Bilha gebohrne Kind als das ihrige erziehen wollen. Daher übersetzet es der Chaldäische Targumist: ואנא אירבי ותליד pariet, & ego educabo. Es bestättiget auch solches der Ort Gen. L, 23. da von Josephs Nachkommen gesaget wird: Die Kinder Machir zeugeten auch Kinder auf Josephs Schooß, immassen auch daselbst die Meinung ist, die Kinder Machir wären von Joseph, und gleichsam in dessen Schooß erzogen worden. Es hat von dieser Ebräischen Redens-Art: super genibus, der gelehrte Engelländer *Thomas Gatakerus de novi instrum. stilo Cap. VII. p. 42.* ausführlich gehandelt, und mit vielen Exempeln erwiesen, daß super genua positum esse bei den Ebräern eben so viel heisse, als beim *Livio:* in manu esse, und durch beide eine blosse Direction und Erziehung ausgedrucket werde.

§. 7. Es bleibet also das einige Exempel Gen. XLVIII. eine wahre und wirckliche Adoption. Bei dieser aber finden wir in der Schrift keine andere Formalität aufgezeichnet, als daß Jacob seinen Willen, Josephs vorhin erzeugte Söhne an Kindes statt aufzunehmen, seinem Sohn entdecket, dieser aber seine Zufriedenheit mit aller Ehrerbietigkeit bezeuget

Adrogatio imperio principis, die Adoptio aber imperio magistratus, & quidem cuiusvis, quamvis non sit competens: denn es ist ein actus voluntariæ iurisdictionis.

§. 184.

habe. Was ausserdem dabei vorgegangen, daß nemlich der krancke Jacob sich aufs Bette gesetzet, seine beide Enckel auf den Schooß genommen, dieselben geküsset, die Hände auf sie geleget, und sie gesegnet, ist als eine Wirckung seiner innigsten Freude und zärtlichen Liebe anzusehen, und hat mit der Annehmung an Kindes statt nichts zu thun. Vielweniger wird sich ein Jude heut zu Tage verbunden achten, dieses Ceremoniel bei seinen Adoptionibus durchgehends in acht zu nehmen. Am allerwenigsten dürfte iemand im Stande seyn zu erweisen, daß unter diesem Volck, welches sonst von den Gewohnheiten seiner Vorfahren nicht ein Haarsbreit abzuweichen pfleget, dergleichen ritus adoptandi iemahls wieder beobachtet worden. Und dannenhero ist denn auch, was Eingangs erwähnten Casum betrift, nicht zu verwundern, daß der Jüdische Vater die Gewalt über seine Kinder deren Groß-Vater bloß per modum contractus übertragen, auch bei der gantzen Handlung an keine andere Solennität gedacht worden, als daß der Sohn durch den sogenannten **Mantel-Griff** dieselbe noch mehr bevestiget: da doch alles in Gegenwart und mit Zuziehung des Parnassen geschehen, uud dieser als ein Schrift- und Rechtsgelehrter seines Volcks die Vermuthung vor sich hat, daß er von unumgänglich nöthigen Ceremonien nichts werde dabei vergessen haben.

§. 8. Nunmehro entstehet die Frage: **Worinnen eigentlich die dabei gebrauchte Ceremonie des Mantel-Griffs bestehe, nnd was dieselbe zu bedeuten habe?**

§. 9. Man findet sonst davon bei denen Autoribus, welche die Gebräuche und Gewohnheiten dieses Volcks beschrieben, wenig Nachricht, und solte man dannenhero fast auf die Gedancken gerathen, daß diese Gewohnheit ihrem Ursprung nach, eben nicht Jüdisch sey, sondern dieses Volck in seiner langwierigen Zerstreuung dieselbe von andern angenommen, und nachhero beständig beibehalten. Denn in denen mittlern Zeiten war es in Orient und Occident gantz gewöhnlich, daß man bei dergleichen Handlungen sich eines Mantels oder andern Kleides bedienete, und dasselbe über diejenigen ausbreitete, welche man entweder an Kindes statt annehmen, oder legitimiren wolte.

§. 10. Es finden sich unter denen von Bongarsio herausgegebenen Scriptoribus de Gestis Dei per Francos zweene sehr curieuse Scribenten des

§. 184. Aus dieſer gegebenen Definition können nun gar leicht folgende Fragen aufgelöſet werden: 1) Wer adoptirt werden könne? 2) Wie die Adoptio geſchehe? und 3) was dieſelbe vor Wirckungen habe? Was

des eilften Seculi, deren der eine, Namens Albertus, Canonicus der Stifts-Kirche zu Acken, der andere aber, mit Namen Guilbertus, Abt des Cloſters Nogent, in Franckreich geweſen. Beide haben die Geſchichte der damaligen Croiſaden ins gelobte Land ausführlich beſchrieben, und iſt des erſten Schrift auch von Reinero Reineccio, iedoch ohne Benennung des Auctoris, und unter dem Titel Chronicon Hieroſolymitanum, zu Helmſtädt Anno 1584. ediret worden. Beide gedencken einer gar merckwürdigen Adoption, welche damals im gelobten Lande vorgefallen. Denn als der Fürſt zu Edeſſa von des erſten Königs zu Jeruſalem, und Hertzogs zu Lothringen, Gottfrieds von Bouillon, Bruder, Balduino, einen anſehnlichen Succurs erhalten hatte; wurde er durch ſeine Gouverneurs und Unterthanen genöthiget, dieſen ſeinen Erretter zum Mit-Regenten ſeines Fürſtenthums zu declariren, und ihn dannenhero an Kindes ſtatt aufzunehmen. Die dabei gebrauchte Solennität nun beſchreibet Albertus Lib. III. Cap. XXI. mit folgenden Worten: Dux quidem, duodecim præfectorum & omnium concivium conſtantiam & benevolentiam videns, eorum noleus petitioni ſatisfecit, ac Baldevinum ſibi filium adoptivum fecit, ſicut mos regionis illius & gentis habetur, modo pectori ſuo illum adſtringens, & ſub proximo carnis ſuæ indumento ſemel hunc inveſtiens, fide utrimque data & accepta. Weil der Fürſt die beſtändige Zuneigung ſeiner zwölf *Gouverneurs* und ſämtlicher Unterthanen gegen *Balduinum* vermerckte, muſte er ihnen ihre Bitte auch wider ſeinen Willen gewähren, und denſelben an Kindes ſtatt aufnehmen. Dieſes geſchahe nach dortigem Landes-Gebrauch alſo, daß er *Balduinum* an ſeine bloſſe Bruſt drückete, ihn einmal mit ſeinem Unterkleide zudeckete, und hierauf beide einander alle Treue verſicherten. Guilbertus Lib. III. Cap. XII. erzehlet dieſe Geſchicht mit eben den Umſtänden, nur daß er hinzu geſetzet, ducem hæc omnia oſculo libato firmaſſe, idemque poſtea & mulierem feciſſe, der Fürſt habe ſolches mit einem Kuß beſtättiget, welches auch deſſen Gemahlin gethan. Faſt eben dergleichen Ceremonie war zu Conſtantinopel gebräuchlich. Denn es ſchreibet der Griechiſche Hiſtoricus Pachymeres Lib. VI. c. 2. daß Maria Cantacuzena, eine gebohrne Keiſerliche Printzeßin, und Witwe des Königs Toëchi in Bulgarien, den Deſpoten Splendiſthlabum in

der

die erſte Frage betrift: wer adoptirt werden könne? antworten wir aus der Definition, daß die Kinder, welche unter der väterlichen Gewalt ſind, können nen

der Kirche bei vielen brennenden Kertzen mit ihrem Mantel bedecket, und auf dieſe Weiſe an Kindes ſtatt aufgenommen. Wobei das merckwürdigſte iſt, daß dieſer Herr damals ſchon ſehr alt, und ermeldete Maria noch ſehr jung geweſen, und alſo das Römiſche Geſätz, welches erfordert, daß derjenige, ſo adoptiren will, zum wenigſten 18. Jahr älter, als ſein angenommenes Kind, ſeyn müſſe, §. 4. *Inſt de adopt.* L. 40, §. 1. D. *eod.* damals in Orient nicht mehr in Uebung geweſen. Mehr dergleichen Exempel hat der gelehrte Herr *Otto* in ſeiner oben bereits angeführten *Iurisprudentia Symbolica, Exerc. III. Cap. IV.* geſammlet, und gründlich dargethan, daß ſich dieſe Formalität und Ceremonie im Orient bis in Indien, und im Occident bis in Spanien ausgebreitet, ja der Pabſt ſelbſt ſich deren bedienet, wenn er iemanden vor einen geiſtlichen Sohn der Römiſchen Kirche erkläret und angenommen. Ich finde in dem Cærimoniali Romano Lib. I. Sect. V. Cap. I. daß dieſer Römiſche Biſchof bei der Keiſerlichen Krönung den neuerwehlten Römiſchen König zum geiſtlichen Sohn anzunehmen pflege. Jetztbelobter Herr *Otto* aber hat aus des päbſtlichen Secretarii Ceneii Cærimoniali angemercket, die dabei gewöhnliche Solennität habe darinnen beſtanden, daß der Pabſt von ſeinem Thron aufgeſtanden, und nach dreimal wiederholter Frage, ob der Römiſche König ein Sohn der Römiſchen Kirche ſeyn wolle? und erfolgter Bejahung dieſer Frage, den König unter ſeinen Mantel genommen, (mittit eum ſub manto,) dieſer aber des Pabſt Bruſt geküſſet, und derſelbe ſich darauf erkläret: Et ego te recipio, ut filium eccleſiæ. Und ich nehme euch dann hiermit an, als einen Sohn der Kirche.

§. 11. Daß in den mittlern Zeiten auſſer der Ehe erzeugte Kinder auf gleiche Art und mit eben dieſer Ceremonie legitimiret, auch deswegen Mantel-Kinder genennet worden, iſt eine bekannte Sache; wovon *Seldenus* in Diſſ. ad Fletam Cap. IX. *Du Freſne* in ſeinem Gloſſario med. & inf. Latin. unter dem Worte Pallium und in deren Ermangelung Beſoldus im Theſauro pract. ſub voce Mantel-Kinder, kan nachgeſchlagen werden.

§. 12. Da wir nun in der Heil. Schrift von dieſer Ceremonie keine Fußtapfen antreffen, und gleichwohl dieſelbe bei denen Juden vorlängſt im Gebrauch geweſen; ſo lieſſe ſich vielleicht nicht ohne Wahrſcheinlichkeit muthmaſſen, daß ſie ſolche von andern Völckern, unter welchen ſie ſich aufgehalten, erlernet, und nachdem ſie dieſelbe einmal angenom-

nen adoptirt werden, es mögen dieselben nun männlichen oder weiblichen Geschlechts seyn. CAIVS *lib. I. Inst. Tit. V.* §. 2. GELLIVS *lib. V. Noct. Attic.*

nommen, dabei beständig geblieben. Allein, so wahrscheinlich auch diese Gedancken iemanden vorkommen möchten: so sind sie doch ungegründet, weil eines Theils die Juden anderer Völcker Sitten und Gewohnheiten nicht leicht annehmen, andern Theils der Mantel Griff bei ihnen nicht allein in adoptionibus, sondern auch bei allen Contracten, Cessionen und Uebergaben gebräuchlich ist. Und dannenhero ist wol der Ursprung dieser Gewohnheit bei den Juden selbst zu suchen.

§. 13. *Seldenus* schreibt in seinem Iure Nat. & Gent. sec. disciplin. Hebr. Lib. VI. Cap. V. die Juden pflegten bei allen ihren bürgerlichen Handlungen gewisse Formalitäten zu beobachten, welche sie vor unumgänglich nöthig hielten, daß sie einen Contract bloß um deswillen, weil es an denen Formalitäten ermangele, vor null und nichtig erkläreten. Er setzet hinzu, es hätten die Juden dieses von ihren Vorfahren erlernet, von welchen schon im Buch Ruth Cap. IV, 7. stehe: Es war aber von Alters her eine solche Gewohnheit in Israel, wann einer ein Guth nicht beerben noch erkaufen wolte, auf daß allerley Sache bestünde, so zog er seinen Schuh aus, und gab ihn dem andern. Das war das Zeugniß in Israel. Diesemnach wären damals die Cessiones und Traditiones vermittelst Ueberreichung des Schuhes geschehen. Zu des Targumisten Onkelos Zeiten, hätte man diesen Gebrauch in etwas geändert, und, an statt des Schuhes, den Handschuh von der rechten Hand gezogen, und selbigem den andern überreichet, immassen dieser Chaldäische Uebersetzer sowol v. 7. als v. 10. iezt angeführten 4ten Capitels des Buchs Ruth für den Schuh den Handschuh setzte. Endlich erinnert dieser in Orientalischen Sachen hocherfahrne Jurist, aus des Iacchi Auslegung des Buchs Ruth, daß die Juden heut zu Tage an statt des Schuhes sich eines סודר das ist, eines gewissen Gewands oder Mantels zu bedienen, und dadurch ihre Contracten, Cessionen und Uebergaben zu bevestigen pflegen. Womit auch Raschi übereinstimmet, aus dessen Commentario einer meiner liebwertheſten Herren Collegen mir folgende Passage communiciret: Dieses, (daß nemlich einer seinen Schuh ausgezogen, und dem andern überreichet,) zeiget an, daß dem andern hierdurch ein Recht zugewachsen, gleichwie wir heutiges Tages durch den Mantel Griff, an statt des ehemaligen Schuh-Ausziehens, ein Recht erlangen. Also ist denn gewiß, daß dieser Gebrauch von den

Juden

Attic. c. 19. Hieraus können wir nun vielerlei ersehen. 1) Daß bei der Adoption genug sey, wenn der Vater darein seinen Consens giebt. Bei der Adro-

Juden selbst herkomme, und diese an statt des Schuhes, dessen sich die Alten bedienet, vielleicht weil es dem Wohlstande gemässer geschienen, das כורר oder den Mantel erwehlet. Denn obschon dieses Rabbinische Wort aus dem Lateinischen Sudarium gemacht ist; so heißt es doch bei den Juden nicht bloß ein Schnupftuch, sondern Velum, ein Tuch, Gewand, oder, wie es Paulus Fagius übersetzet, einen Mantel, immassen die Juden selbst die Berührung dieses כורר den Mantel-Griff zu nennen pflegen.

§. 14. Worinnen diese Ceremonie bestehe, hat zwar Seldenus selbst nicht gewieſen, iedoch sich auf des R. Eliæ Thisbi bezogen, in welchem Dictionario dieselbe so wohl unter dem Worte כורר als קכה mit folgenden Worten beschrieben wird: Die Gewohnheit des Mantel-Griffs ist an statt des vor dem in Israel gebräuchlichen Schuh-Ausziehens aufgekommen. Denn gleichwie ehedem die Gewohnheit in Israel war, daß einer bei Abtretung des Erb- und Näher-Rechts zur Befestigung dieses Handels den Schuh auszog: also ist ietziger Zeit bei uns der Gebrauch, daß wir bei Kauf- oder andern Contracten uns eines כירך oder Mantels bedienen. Diesen müssen zweene Zeugen anfassen, welche den beiden Contrahenten deutlich erklären, auf welche Bedingungen man den Contract getroffen. Jeder Zeuge breitet alsdann das Ende des Mantels aus, und alle diejenigen, so den Handel befestigen wollen, greiffen an das Ende dieses Mantels. Es hat diese merckwürdige Passage, sowol *Buxtorff* in Lexico Talmudico coll. 1442. als *Ant. Bynæus* in dem schönen Wercke de Calceis Hebr. Lib. II. Cap. VII. §. 3. angeführet, wobei dieselben noch erinnern, daß die Juden dergleichen Handlung und Contract קנין כורר einen Mantel-Griffs Contract, oder קנין גמור אגב סירר einen vollkommenen Contract beim Mantel-Griff nennen, mithin demselben eben eine solche Wirckung und Verbindlichkeit beilegen, als die Römer ihren stipulationibus, mancipitationibus, in iure cessionibus und andern dergleichen solennen Handlungen.

§. 15. Es ist sonst noch ein weit importanterer Mantel-Griff bekannt, welcher in dem Lehn-Recht vorkommt, immassen so oft bei Lehns-Empfängnissen die Chur- und Fürstlichen Abgesandten die Lehns-Pflicht ablegen, derer nächsten hohen Agnaten und Mitbelehnten Gesandten jenen

Adrogation verhält es sich gantz anders, allwo der adrogandus nothwendig consentiren muß: (§. 181.) Hier aber ist nichts daran gelegen, es mag dem Sohn gefallen oder nicht, wenn nur der Vater, in dessen Gewalt das Kind ist, consentirt. L. 5. D. *de Adopt. & Emanc.* Aber warum wird der Consens des Kindes hierbei nicht erfordert? R. α) Weil das Kind seinen Zustand nicht verschlimmert, als welches schon vorher sub patria potestate war, daher hier keine capitis deminutio statt findet. β) Weil das Kind in dominio patris wie eine andere Sache ist. Nun kan aber der Herr eine Sache alieniren wie er will, daher solches auch dem Vater mit dem Kinde nicht konte gewehret werden. Denn die Adoptio war nichts anders als eine trina venditio imaginaria (§. 183.); weil aber bei der Verkauffung der Consens des Sohnes nicht erfordert wurde: so war es auch nicht nöthig in adoptione. Wir ersehen 2) daraus, ut infantes in adoptionem dari adoptarique possint. L. 42. D. *de Adopt. & Emancip.* Die impuberes konten nicht adrogirt werden, ohne viele dabei gebrauchte Vorsicht, wovon wir oben (§. 181.) geredet haben: aber die Kinder konten adoptirt werden. Daher wird gefragt, warum dieses geschehen könne? Wir antworten darauf, weil wir kurtz vorher gesehen haben, daß ihr Consens bei der Adoption nicht erfordert wird, sondern daß es schon genug ist, wenn der Vater darein consentirt. Es konte ein Vater infantem sanguinolentum verkaufen. L. 2. *Cod. de patr. qui fil. distrax.* und also war ihm auch erlaubt, das Kind von einem andern adoptiren zu lassen. So fliesset auch 3) daraus, daß die Kinder, welche einer mit einer Beischläferin erzeuget hat, nicht können adoptirt werden. L. 7. *Cod. de nat. lib.* Denn da es nur angehet, daß die Kinder, die in patria potestate sind, adoptirt werden (§. 183.); die Kinder aber, so ausser der Ehe erzeuget sind, unter keiner väterlichen Gewalt stehen, welche patria potestas nur ex iustis nuptiis entspringet (§. 144.): so folget daraus, daß die Kinder, die mit einer Beischläferin gezeuget worden, nicht können adoptirt werden. Daß sie können adrogirt werden, solches hat keine Schwierigkeit: aber alsdenn müssen sie darein consentiren, wovon wir ein Exempel in L. *ult.* D. *de Adopt. & Emancip.* haben.

§. 185. Die zweite Frage war: wie die adoptio geschehe? Wir antworten gleichfalls aus der Definition, sie muß a) geschehen imperio magistratus,

nen an den Mantel greiffen. Allein da dieser Angriff gantz ein ander Absehen hat, so würden wir uns von unsern Zweck allzuweit entfernen, wenn wir davon bei dieser Gelegenheit handeln wolten. Und dannenhero lassen wir es bei denen bisherigen, nicht einem ieden bekannten Anmerckungen, vor dieses mal billig bewenden.

ſtratus, apud quem eſt legis actio, welches wir ſchon (§. 183.) erkläret haben. So kan dieſelbe auch 2) nicht geſchehen ad tempus, auch nicht per tabulas, oder durch einen Brief, noch ſine ſolemni iuris ordine, weil dieſes die Natur und Eigenſchaft der actionum legis erfordert: Nam nec diem illæ admittunt, nec procuratorem, ſed a quolibet in propria perſona ſunt explicandæ. Wir haben oben von dem alten Ritu der Adoption gehandelt: heut zu Tage aber haben wir ſolche Weitläuftigkeiten nicht mehr nöthig, ſondern es iſt genug a) wenn der pater naturalis und adoptivus die Obrigkeit, oder ſonſt einen Richter, welchen ſie wollen, angehen. Ferner b) wenn ſich beede erklären, der eine wolle das Kind adoptiren laſſen, der andere aber, daß er daſſelbe adoptiren wolle. Sodann müſſen ſie c) bitten, daß dieſes den Actis möge einverleibet werden. Iſt dieſes alles beobachtet worden: ſo wird das gantze Geſchäfte für richtig und vollkommen gehalten. Denn der Keiſer *Iuſtinianus* hat die alte Weiſe zu adoptiren aufgehoben, und dagegen dieſe neue eingeführet. L. *ult. Cod. de Adopt.*

§. 186. Nun iſt noch die dritte Frage übrig zu erörtern, nemlich: was dieſe Adoptio vor Wirckungen habe? Hier iſt nun wohl zu mercken, daß das alte Recht von dem neuen hierin ſehr unterſchieden ſey. Nach dem alten Recht hatte die adrogatio und adoptio einerlei Wirckung, denn ſie gab die väterliche Gewalt. Alſo waren *Cajus* und *Lucius Cæſares*, welche *Auguſtus* adoptirt hatte, nicht weniger deſſen Söhne, als *Tiberius*, welchen er nachhero adrogirt hatte. Denn die adoptio war ehemals ein modus adquirendi patriam poteſtatem. L. 23. pr. L. 37. §. 1. D. *de Adopt. & Emanc.* und daher bekam der filius adoptivus den Namen desjenigen, der ihn adoptirt hatte. Allein unſer Keiſer *Iuſtinianus* hat hierin eine Aenderung gemacht in L. *penult. Cod. de adopt. & emanc.* welches Geſätz eine von den 50. Deciſionibus dieſes Keiſers iſt, und womit er ſich §. 8. *Inſt. quibus modis ius patr. pot. ſolv.* §. 5. *Inſt. quib. non eſt. perm.* §. 2. *Inſt. de inoff. teſt.* recht viel einbildet. Dieſer Keiſer befiehlet uns einen Unterſchied zu machen: ob die adoption von einem geſchehen, der in aufſteigender Linie iſt, oder von einem extraneo? Adoptirt einer, der in aufſteigender Linie iſt, ſo erlanget er die väterliche Gewalt, und daher wird dieſe adoptio von den Juriſten perfecta oder plena genennet. Adoptirt aber ein extraneus, ſo wird keine väterliche Gewalt dadurch erlanget, ſondern dieſelbe verbleibet des filii adoptivi rechten Vater. Daß alſo in dieſem Fall ein ſolch adoptirtes Kind mehr ein alumnus als filius adoptivus iſt: und dieſe adoptio wird minus plena oder imperfecta genennet. Die Urſache welche der Keiſer *Iuſtinianus* gehabt, dieſe Satzung zu machen, beſtehet darin. Es pflegte öfters zu geſchehen, daß diejenigen, welche Kinder adoptirt hatten, dieſelben wieder emancipirten: und ſo konten dieſe armen

Kin-

Kinder weder ihren rechten Vater, noch demjenigen, der sie adoptirt hatte, succediren, wodurch dieselben also in einen elenden Zustand geriethen. Man kan von dieser Veränderung nachlesen, was der Herr THOMASIVS in diss. *de usupractico doctrinæ Instit. de Adopt.* p. 40. seqq. geschrieben hat. So hat auch der berühmte Rechtsgelehrte EMVNDVS MERILLIVS *in Comment. ad* L. *Decisiones* p. 298. den Unterschied der alten und neuen Rechte wohl ausgeführet. Es möchte iemand auf die Gedancken gerathen, daß die adoptio minus plena oder imperfecta auf diese Art gar keine Wirckung hätte, weil dadurch keine väterliche Gewalt erlanget wird. Allein es hat dieselbe allerdings ihre gute Wirckung. Denn obgleich der filius adoptivus kein filiusfamilias des patris adoptivi wird: so kan er doch demselben ab intestato erben §. 2. *Inst. h. t.* Wir sagen mit gutem Bedacht, ab intestato: nam nihil prohibet, quo minus adoptans condito testamento eum prætereat, & a sperata hereditate excludat: denn die Regel, daß die Kinder entweder zu Erben sollen eingesetzet, oder enterbet werden, kan nur auf die liberos suos, oder diejenigen, welche in der Gewalt des Testatoris sind, angewendet werden: findet aber nicht statt bei den extraneis, in deren Zahl auch die imperfecte adoptati sind. Daher ist dieses hier etwas besonders, daß, da sonst die iura successionis reciproca sind, solches hier nicht beobachtet wird. Denn der filius adoptivus succedirt demjenigen, der ihn adoptirt hat, ab intestato: aber der adoptans kan dem filio adoptivo nicht succediren, weil dieser in seines rechten Vaters Gewalt verbleibet, und der Vater bei der Erbschaft seines Sohns allen andern vorgezogen wird.

§. 187. Wir haben hier etwas von dem heutigen Gebrauch der adoption beigebracht; und deswegen wird gefragt: ob noch heut zu Tage die adoptiones in Gebrauch sind? Es haben unterschiedene berühmte Juristen in den Niederlanden, als VINNIVS *in not. ad Instit.* und GVDELINVS *de iure novissimo* solches in Zweifel gezogen: allein die Erfahrung lehret es, daß sie sich hierin sehr geirret haben. Denn es sind nicht allein die adoptiones ehemals in Teutschland sehr bekannt gewesen, sondern man findet auch noch heut zu Tage davon Exempel. Wir wollen sehen, was in den alten Zeiten davon bekannt gewesen, und was heut zu Tage noch übrig sey? Es werden uns von den Geschichtschreibern der mittlern Zeiten unterschiedene Exempel der adoptionum berichtet. Also war bekannt die adoptio per arma, da einem entweder Pferde, Schwerdter, Schilder oder andere Krieges-Geräthschaften übergeben oder überschicket wurden: auf welche Art der König der Ost-Gothen *Theodoricus* den König der Heruler, CASSIODORVS *lib. IV. Var.* c. 2. *lib. VIII.* c. 1. der Keiser *Iustinianus* den Ost-Gothischen König *Atalaricum*, PROCOPIVS *de bello Persico lib. I.* c. 11. der Keiser *Iustinianus Cabadem* in Persien IORNANDES *de*

rb. Get. c. 57. adoptirt haben. Der andere ritus der adoption geſchahe durch das Haar abſchneiden, daß derjenige, welchen von einem andern das Haar zum erſtenmal abgeſchnitten wurde, deſſelben filius adoptivus ward, PAVLLVS WARNEFRIDVS *de geſt. Longob. lib. V.* c. 53. DV FRESNE *ad Ioinvillam diſſ. XXII.* Herr OTTO *de Iurispr. Symbol. Exerc. III.* c. 9. Es geſchahe auch die adoptio per tactam vel reſectam barbam, welches ſich eben ſo verhielte, wie bey der adoptione per capillum reſectum. Und da leſen wir bei AIMOINO *lib. I. Hiſt. Franc.* c. 20. daß der Weſt-Gothen König *Alaricus* den Fränckiſchen König Clodowich auf dieſe Art adoptirt hat. S. ECCARDI *Comment. ad Legem Salicam Tit. XXVIII.* §. 1. p. 56. So waren auch adoptiones bekannt, welche geſchahen per baptiſmum, per catechiſmum, per confirmationem, mitram, mantum, poenitentiam, von welchen allen der unvergleichliche Herr OTTO *in Iurisprudentia Symbolica, Exerc. III.* c. 7. & 8. auf das fleißigſte und gelehrteſte gehandelt hat. Aber alle dieſe Arten von adoptionibus geſchahen nicht die väterliche Gewalt dadurch zu erhalten, ſondern ehrenhalben: obgleich zuweilen, wenn einer iemand an Sohnes ſtatt angenommen, daß er nicht allein den Namen führen, ſondern auch erben ſollen, dieſe ritus gebraucht worden ſind. Alſo haben wir ein Exempel an dem Fränckiſchen König *Gunthram*, welcher, da er keine Kinder hatte, ſeinen Vetter *Childebert* durch eine Lantze adoptirte, und bei Ueberreichung derſelben ſagte: *hoc eſt indicium, quod tibi omne regnum meum tradidi.* GREGORIVS TVRONENSIS *lib. VII.* c. 33. CHIFLETIVS *in Anaſtaſi Childerici* c. VII. Es geſchahe auch manchmal die adoption durch das Teſtament, zu dem Ende, daß der adoptivus in das Recht des Geſchlechts und der Güter des teſtatoris trat, welches ſonderlich bei der unmittelbaren freien Reichs-Ritterſchaft üblich geweſen iſt, wie CASPAR LERCH a DVRENSTEIN von des Ritterlichen Adels Herkommen P. I. n. 12. berichtet. Wer mehrere Nachricht davon haben will, der leſe DV FRESNE *Gloſſarium med. & inf. latinitatis*, voce *Adoptio.* Es ſind auch noch heut zu Tage die adoptiones in Teutſchland im Gebrauch, wovon ſonderlich CVLPISIVS *in diſſ de adoptionibus & emancipationibus principum* §. 7. ſeqq. und STRYK *in Vſu Moderno Tit de Adoptionibus & Tit. de capite minut.* genug Exempel anführen: welchen noch beizufügen, was IO. FRANC. BALTHASAR *in Iure Bavar. Tit. III. reſol.* 1. von den adoptionen in Beiern angemercket hat. Es ſind dieſelben auch in den Niederlanden bekannt, wie Herr HVBER *in Praelect. ad Tit. Inſt. de Adoptionibus* §. 14. obſerviret hat. Es wird aber durch dieſe adoptiones keine patria poteſtas Romanorum, ſondern Germanica erlanget: und daher können wir dieſe adoptiones mit dem Geh. Rath THOMASIO *in diſſ. de Vſupract. doctrinae Inſtit. de Adopt.* c. II. §. 2. improprias nennen: wie denn auch derſelben vornehmſte Wirckung iſt, daß ſolche liberi adoptati

ab

ab inteſtato erben können: ob dieſelben gleich nicht allezeit den Namen des adoptantis erhalten. Daraus erhellet nun, daß die berühmten Rechtsgelehrten GVDELINVS *de iure noviſſimo lib. III.* c. 13. GRÖNEWEGEN *de Leg. abrog. ad princ. Inſt. & tit. Cod. de adopt.* CHRISTINÆVS *Vol. IV. Deciſ.* 164. ſeqq. VINNIVS *ad princ. Inſt. h. t.* GREGORIVS THOLOSANVS *Syntagm. iur. univerſ. lib. I.* c. 6. ſich ſehr geirret haben, da ſie geſchrieben, daß die adoptivi heutzu Tage keine filiifamilias, ſondern nur alumni werden. Denn ein alumnus kan nicht ab inteſtato erben: hingegen geſchiehet dieſes bei einem adoptivo. Wenn wir aber kurtz vorher geſagt haben, daß ein adoptivus nicht allezeit den Namen des adoptantis erhalte: ſo iſt dabei wohl zu mercken, daß dieſes doch alsdenn geſchehen müſſe, wenn die adoption unter der Bedingung geſchehen, daß der adoptivus den Namen des patris adoptantis annehmen ſoll. Und da wird es alsdenn ſo gehalten, daß der Name des patris adoptantis vorgeſetzet, und der Geſchlechts-Name mit dem Wort, genannt, nachgeſetzet werde, z. E. *Iuſtus Sinold*, genannt *Schütz*. Wir müſſen aber auch hierbei bekennen, daß die adoptiones in unſern Ländern gar ſelten vorkommen. Die Urſache iſt dieſe, weil unſer Frauenzimmer viel fruchtbarer iſt, als das Italieniſche. Wozu noch dieſer Umſtand kömmt, daß die Manns Perſonen in Italien gemeiniglich ſehr frühzeitig und voreilig Liebes-Händel treiben, und dadurch die Kräfte Kinder zu erzeugen gewaltig ſchwächen.

§. 188. Sonſt iſt bei den Teutſchen die unio prolium, d. i. die Einkindſchaft im Gebrauch, welche unſere Rechtsgelehrten gemeiniglich für eine Art der Adoption halten, wiewol gantz irrig, welches der ſel. GVNDLING *in Pand. lib. I. Tit. VII.* p. 86. ſeq. und ich in meinem *Iure Germanico* gewieſen haben. Doch laſſet uns ſehen, 1) was die Einkindſchaft ſey? 2) ob dieſelbe mit der adoption etwas gemein habe? Die unio prolium findet ſtatt, wenn ein Witwer, welcher ſchon aus der erſten Ehe Kinder hat, eine Witwe, die ebenfalls ſchon Kinder hat, heurathet. Da pflegen alsdenn gemeiniglich beiderſeits Eltern mit einander den Vertrag zu machen, daß dieſe zuſammen gebrachten Kinder, mit denjenigen Kindern, welche hernach werden gebohren werden, beiderſeits Eltern erben ſollen. Wir ſagen daher, daß die unio prolium ſey, pactum, inter conjuges initum in favorem liberorum prioris matrimonii, ut hi cum liberis communibus hereditatem utriusque conjugis æqua lance dividant. GAILIVS *lib. II. Obſerv.* c. 125. Wir ſehen daraus, daß dieſe unio prolium ein pactum ſucceſſorium ſey, dergleichen pacta bei den Teutſchen zu allen Zeiten im Gebrauch geweſen. Und meinet der Herr HERTIVS *in diſſ. de præleg.* §. 9. daß dieſe unio prolium noch vor Einführung der Römiſchen Rechte in Teutſchland gebräuchlich geweſen, um dadurch den Haß der Stief-Väter und Stief-Mütter zu vermeiden. Wenn aber dieſe unio prolium

gültig seyn soll: so muß dieselbe geschehen a) coram magistratu competente. Denn es kan sonst dieselbe nirgends anders als bei der ordentlichen Obrigkeit vorgenommen werden: und irren diejenigen gar sehr, welche der Meinung sind, daß dieselbe auch vor dem Pfarrherrn oder vor den Notario geschehen könne. Es wird allezeit competentia iudicis erfordert, quia cauſſæ cognitio & decretum ſine tribunali non intelligitur. b) Muß cauſſæ cognitio vorhergehen, d. i. es muß erwogen werden, ob das Vermögen beiderseits Eltern hinlänglich sey, und damit kein Theil der Kinder etwa möge lædirt werden. c) Müssen den Kindern Vormünder gesetzet, und dieselben dazu gezogen werden. d) Muß decretum magistratus erfolgen. RICKIVS *de unione prolium.* STRYK *de Succeſſ. ab inteſt. diſſ. VIII.* c. 6. BEYER *Specim. iur. Germ. lib. I.* c. 25. Weil aber bei dieser unione prolium so viele Umstände sind: so ist dieselbe in unsern Ländern heut zu Tage fast gantz unbekant. Wenn aber sich dergleichen Fälle ereignen solten; so richtet man sich alsdenn nach der Meintzischen Satzung von der Einkindschaft, welche wegen ihrer besondern Billigkeit auch ausser den Meintzischen Ländern angenommen ist: wie man den auch das Fränckische Landrecht zu Hülfe nimmt. Hieraus können wir nun leicht die zweite Frage beantworten: Ob die Einkindschaft mit der adoption etwas gemein haben? Wir läugnen dieses gäntzlich. Denn obgleich GIPHANIVS *ad* L. 2. *Cod. de adoptionibus,* BESOLDVS *in Theſaur. Practico* voce Einkindschaft, und HAHN *ad Weſenbecium Tit. de adopt. & emanc.* n. 6. behaupten, daß dieselbe mit der adoption etwas gemein habe, und bei den Teutschen an statt der adoption eingeführet worden sey: so hat doch dieses Vorgeben nicht den geringsten Grund. Denn man findet bei derselben weder den Endzweck, noch die Form der adoption. Nicht den Endzweck: weil hier kein defectus naturæ ist, welcher müste suppliret werden. Nicht die Form: weil die unio prolium kein Mittel ist, die väterliche Gewalt zu erlangen. Und daher bleiben wir dabei, daß die unio prolium nichts anders sey, als ein pactum ſucceſſorium, welches von den Eltern zum Besten und Nutzen der Kinder eingegangen wird. Dergleichen pacta ſucceſſoria aber sind bei den Römern nicht erlaubet gewesen. L. *ult.* D. *de pactis,* add. SCHILTER *in Praxi iur. Rom. in for. Germ.* p. 40.

Tit.

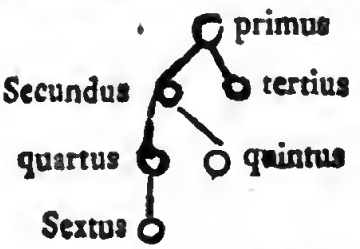
Tit. XII.

Quibus Modis Ius Patriæ Poteſtatis ſolvitur.

§. 189. und 190.

Quia oppoſita iuxta ſe poſita eo rectius intelliguntur, hinc recte, poſtquam de modis adquirendi patriam poteſtatem actum eſt, etiam agitur de modis, quibus ea ſolvitur vel finitur. Die modi, wodurch die väterliche Gewalt wieder verloren gehet, können wir aus einem einzigen principio herleiten: quibuscunque modis dominium Quiritarium definit: iisdem ſolvitur ius patriæ poteſtatis. Wir beweiſen dieſes auf folgende Weiſe. Die väterliche Gewalt beſtunde in dominio in liberos; (§. 186.) da nun kein Volck war, welches eine ſolche groſſe Gewalt über ihre Kinder hatte, als die Römer §. 2. *Inſt. de patr. pot.* ſo war dieſes dominium civibus Romanis proprium, adeoque Quiritarium. Daraus folget alſo: quibus modis ſolvitur dominium Quiritarium; iisdem & patria poteſtas dirimitur: id quod erat demonſtrandum. Dieſe Regel aber gilt bei uns in Teutſchland nicht. Denn da bei den Teutſchen der Grund der väterlichen Gewalt kein dominium, ſondern die Erziehung iſt; ſo gilt bei uns dieſe Regel: ceſſante onere educationis, ceſſat etiam patria poteſtas.

§. 191. Wir wollen nun aber die beſondern modos welche aus obigen principio (§. 190.) flieſſen, erwegen. Zu erſt haben wir zu mercken, daß die väterliche Gewalt morte naturali aufhöre. Denn wer geſtorben iſt, iſt nicht mehr in der Welt, noch unter den Menſchen, und kan dahero auch nichts eigenes mehr haben. Der Tod hebt alles auf, und alſo auch die väterliche Gewalt. Man muß doch aber einen Unterſchied machen inter liberos primi gradus & ulteriorum graduum. Sind es liberi primi gradus, und der Vater ſtirbt: ſo werden ſie, mit deſſen Tode gleich von der väterlichen Gewalt befreiet. Hingegen ſind es liberi ulteriorum graduum, die werden nicht befreiet, wenn noch einer vorhanden iſt, in deſſen Gewalt ſie fallen können. Z. E. Es verſtirbt einer und hinterläſt zwei Kinder. Der erſte Sohn hat wieder zwei Söhne, und von dem erſten einen Enckel.



Wie primus noch lebte, waren die andern alle unter ſeiner Gewalt: als er aber verſtarb: ſo ging ſecundus und tertius aus der väterlichen Gewalt, weil ſie liberi primi gradus waren. Dagegen wurden quartus, quintus und ſextus nicht befreiet, weil ſie liberi ulteriorum graduum waren, ſondern fielen in patriam poteſtatem ſecundi. Wir wollen uns vorſtellen, daß auch ſecundus geſtorben, ſo kamen zwar quartus und quintus aus der väterlichen Gewalt, weil ſie liberi primi gradus waren; ſextus aber fiel wieder unter die väterliche Gewalt, und konte daraus nicht eher kommen, als bis quartus verſtorben: es wäre denn geweſen, daß er vorher von ſecundo emancipirt worden. S. GAII *Inſtit. lib. I. Tit. VI. princ.* Der zweite modus, wodurch die väterliche Gewalt aufgehoben wurde, war mors civilis, i. e. capitis deminutio maxima & media, quæ morti æquiparantur. L. 109. D. *de Reg. Iur.* Wurde einer ein Knecht, ſo litte er capitis deminutionem maximam: wurde einer ein peregrinus, ſo litte er capitis deminutionem mediam. Nun konte aber weder ein Knecht noch ein peregrinus iemand in der väterlichen Gewalt haben: dahero wurde auch bei denjenigen, die capitis deminutionem erlitten, die patria poteſtas aufgehoben. Dritten wurde auch die patria poteſtas minima capitis deminutione aufgehoben, d. i. durch die Adoptionem plenam, non quod filius ſui iuris fieret, ſed quod in aliam gentem aliaque ſacra tranſiret. Der vornehmſte modus aber, wodurch die väterliche Gewalt aufgehoben wird, iſt die Emancipatio, wenn einer ſeinen Sohn aus der väterlichen Gewalt ſelbſt heraus gehen läſſet. Zwiſchen der Adoption und Emancipation iſt der Unterſchied, daß die Adoption die väterliche Gewalt transferirt, die Emancipation aber dieſelbe aufhebet.

§. 192. Wir haben geſehen, daß die väterliche Gewalt per mediam capitis deminutionem aufgehoben werde, wodurch einer die iura civitatis verlieret. Dieſes geſchahe bei den Römern per aquæ & ignis interdictionem, deportationem vel exſilium. Da *Cicero* von P. *Clodio* in das exſilium getrieben worden: ſo hatte er alle iura civitatis verloren, und war aus einem Römiſchen Bürger ein peregrinus geworden, und konte alſo über ſeinen Sohn und Tochter ſo lange keine väterliche Gewalt ausüben, bis er wieder reſtituirt wurde. Dahero wird gefragt: ob nicht auch die relegatio die Rechte der väterlichen Gewalt aufgehoben habe? Wir läugnen dieſes aus gutem Grunde. Denn inter exſilium & relegationem war bei den Römern ein groſſer Unterſchied; durch das exſilium wurden einem die iura civitatis genommen: durch die relegation aber muſte einer zwar von Rom abweſend ſeyn, doch behielt er die iura civitatis. Z. E. der arme *Ovidius*, als ihn der Keiſer *Auguſtus* wegen eines gewiſſen Verbrechens nach dem ſchwartzen Meer verwieſen hatte, hörte deswegen nicht auf ein Römiſcher Bürger zu ſeyn: wie er denn

ex-

exſilium und relegationem gar richtig von einander unterſcheidet, und ſich ſelbſt Glück wünſchet, daß ihn der Keiſer nicht in das exſilium geſchickt, ſondern ihn nur relegirt habe. Daher derſelbe *lib. V. Triſt. El.* 2. *v.* 21. *ſeqq.* ſich alſo tröſtet

Nec vitam, nec opes, ius nec mihi civis ademit,
Nil niſi me patriis iuſſit abeſſe focis.
Ipſe relegati *non* exſulis *utitur in me*
Nomine.

Dieſer Unterſchied iſt erſt zu den Zeiten CICERONIS aufgekommen, wie derſelbe *lib. XI. Fam. ep.* 16. darüber klaget. conf. FESTVS *in relegati*, L. 2. D. *de Publ. iudic.* Da nun alſo durch die relegation die iura civitatis nicht genommen wurden: ſo benahmen ſie auch niemand das dominium Quiritarium, und wurde alſo auch dadurch die väterliche Gewalt nicht aufgehoben. Es erhellet auch aus obigen principio, daß keine Würde die väterliche Gewalt aufgehoben habe, wovon ſonderlich DIONYSIVS HALICARNASSEVS *lib. II. Antiq. Rom.* c. 27. p. 96. ſchreibet: *Romanorum legislator omnem poteſtatem patri dedit in filium, idque toto vitæ tempore, etiamſi filius tractet rempublicam, etiamſi magiſtratus geſſerit maximos, vel ſtudii erga rempublicam laudem ſit promeritus.* Alſo waren nach der Einrichtung *Romuli* bei den Römern nicht mehr als 2. modi ſolvendi patriam poteſtatem, mors & voluntas patris: allein es wurden nachhero noch andere dazu geſetzet, nemlich, wenn einer ein Flamen Dialis, oder ein Frauenzimmer eine virgo Veſtalis wurde. VLPIANVS *in Fragm. Tit. X.* §. 5. GELLIVS *lib. I. Noct. Attic.* c. 12. Die Urſache lieget darin, quia hæ perſonæ manu capiebantur a pontificibus. Da nun diejenigen, qui capiebantur, nach den Römiſchen Rechten capitis deminutionem litten: ſo gingen ſie aus der väterlichen Gewalt. Von dieſem ritu beſiehe LIPSIVM *de Veſta & Veſtalibus* c. 5. und GVTHERIVM *de vet. iur. pontif. lib. I.* c. 32. Ja es kamen ſo gar die Weiber der Flaminum Dialium aus der väterlichen Gewalt, welches unter *Tiberio* durch ein eigenes Senatusconſultum geändert worden. TACITVS *lib. IV. Annal.* c. 16. Aus unſern oben angeführten principio erhellet auch, daß die Enterbung der Kinder die väterliche Gewalt nicht einmal aufhebet. Es iſt dieſe Sache nicht eben de nihilo. Denn obgleich die Enterbung erſt nach dem Tode des Vaters ihre Wirckung hat; ſo kan doch die Frage vorkommen: ob der Vater in eben dem Teſtament, worin er den Sohn enterbet hat, demſelben einen Vormund ſetzen, oder pupillariter ſubſtituiren können?

§. 193. Allein der Keiſer *Iuſtinianus* hat es hierbei nicht bewenden laſſen, ſondern hat verordnet, daß die Kinder wegen gewiſſer Ehrenſtellen von der

der väterlichen Gewalt ſollen befreiet werden. Denn 1) hat er dieſe Freiheit den patriciis zugeſtanden. §. 4. *Inſt. h. t.* L. *fin Cod. de Conſul. lib. XII.* Dieſe Patriciat-Würde iſt nicht mit derjenigen zu verwechſeln, welche ehemals bei den Römern eingeführet war, daß einer ex gente quadam patricia herſtammte, ſondern es hat dieſelbe der Keiſer *Conſtantinus* M. eingeführet, da er ſeine vornehmſten Räthe patricios nennete, damit dieſelben ſich dabei erinnern möchten, daß ſie gleichſam Väter der Keiſer wären. CLAVDIANVS *in Eutropio.* CORIPPVS *de laudibus Iuſtini minoris lib. IV.* Daher iſt dieſe Würde als die höchſte nach der Keiſerlichen betrachtet worden, ZOSIMVS *lib. II. Hiſt.* c. 20. und es haben ſich auswärtige Könige dieſelbe von den Keiſern beilegen laſſen, wovon der Herr von ECCARD *in præf. Origg. Habsburg.* ausführlich gehandelt hat. Wenn nun ein ſolcher patricius, da er dieſe Würde erhielte, noch etwa unter der väterlichen Gewalt ſeyn ſolte: ſo hat der Keiſer *Iuſtinianus* verordnet, daß ihn dieſe Würde davon befreien ſolte, mit beigefügter Urſache: *quis enim patiatur, patrem quidem poſſe per emancipationis modum ſuæ poteſtatis nexibus filium relaxare, imperatoriam autem celſitudinem non valere eum, quem ſibi patrem elegit, ab aliena eximere poteſtate?* oder auch: *ne videantur, quia nobis loco patris honorantur, alieno iuri eſſe ſubiecti.* Gleichwie es aber zu geſchehen pfleget, daß die Freiheit welche einem zugeſtanden worden, bald von einem andern auch verlanget wird: alſo haben die Biſchöfe bald hernach als geiſtliche Väter ein gleiches privilegium erhalten, *Nov.* 81. c. 3. alwo es heiſſet: qui enim omnium ſunt ſpirituales patres, quomodo ſub aliorum poteſtate conſiſtant? Dieſes privilegium wurde hernach noch auf andere mehr ausgedehnet, nemlich auf die Conſules, Præfectos prætorio, Præfectos urbi, Magiſtros militum, und Patronos fiſci *Nov.* 81. c. 1. iuncta L. *ult. Cod. de Decur.* Es wird aber hierbei gefragt, ob dieſes ein privilegium oder beneficium könne genennet werden, wenn einer von der väterlichen Gewalt befreiet wird? Es möchte iemand ſcheinen, als ob dieſes kein beneficium wäre, weil ſonſt die filiifamilias dem Vater ab inteſtato erben, welches aber den emancipatis nicht zugelaſſen wird. Dahero man auf die Gedancken gerathen könte, daß es mehr ein onus als beneficium zu nennen, wenn iemand von der väterlichen Gewalt ausgehet, und alſo die väterliche Erbſchaft verlieret. Allein es iſt gar leicht darauf zu antworten. Es war dieſes allerdings ein groſſes beneficium, weil a) der Sohn alles was er adquirirte, ſich ſelbſt und nicht mehr ſeinen Vater erwarb, wenn er aus der väterlichen Gewalt war. b) Weil IVSTINIANVS *in* L. *ult. Cod de decur.* und *Nov.* 81. c. 2. obgedachten Perſonen die Rechte der Familie ausdrücklich vorbehalten hat. Ob ſie nun gleich von der väterlichen Gewalt ausgingen, behielten ſie doch das ius ſuccedendi. Itaque in favorabilibus manebant iura familiæ, in odioſis ceſſabant

§. 194.

§. 194. Wir haben geſagt (§. 191.) daß die väterliche Gewalt durch die emancipation aufgehoben wird: und daher wollen wir ietzo ausführlich von derſelben handeln. Bei den Römern hieß mancipare ſo viel, als vendere aliquid per æs & libram, adhibitis nempe quinque teſtibus, civibus Romanis, anteſtato & libripende. Daher heiſſet mancipare liberos, die Kinder durch einen ſolennen dreimaligen Verkauf aus der väterlichen Gewalt laſſen. So oft nun der Vater ſolches freiwillig und auf dieſe Weiſe thut: ſo oft hieß es, der Vater habe ſeine Kinder emancipirt. Dieſes aber kömmt mit unſern principio (§. 190.) vollkommen überein. Denn gleichwie einer ſeine Sachen, die er in ſeinem Eigenthum hat, verkauffen kan: alſo gehet dieſes auch mit den Kindern an. Es iſt aber dieſe emancipatio dreierlei: 1) Vetus, welche aus den LL. XII. *Tabularum* herfloß; 2) Anaſtaſiana, welche von dem Keiſer *Anaſtaſio* erfunden worden. L. 5. *Cod. de emanc. lib.* und 3) Juſtinianea, welche der Keiſer *Juſtinianus* eingeführet hat. L. *ult. Cod. de emanc. lib.* Wir wollen von einer ieden insbeſondere handeln.

§. 195. Prima Emancipatio eſt vetus, und die haben wir definirt, daß dieſelbe ſey actio legis, qua liberi maſculi, primi gradus, per tres venditiones & mancipationes, totidemque manumiſſiones; filiæ autem & nepotes, una venditione & manumiſſione, patria poteſtate exibant. S. CAII *Inſtit. lib. I. Tit. VIII.* §. 3. Wir wollen dieſe emancipation etwas genauer anſehen. Wenn bei den Römern eine emancipation geſchehen ſolte, ſo muſten fünf Zeugen, welche Römiſche Bürger waren, und über dieſe ein anteſtatus und libripens dabei gebraucht werden. Daß dieſes Römiſche Bürger ſeyn müſſen, erhellet aus CAII *Inſtitutionibus*, bei BOETHIO *in Comment. ad Top.* CICERONIS III. Jedoch erſehen wir aus VLPIANI *Fragmentis Tit. XX.* §. 8. daß man auch *Latinos Iunianos* dazu nehmen können. Von dem libripende und anteſtato zeuget eine Inſchrift bei GRVTERO *in Inſcript.* p. 1081. allwo gemeldet wird, daß die donatio & mancipatio geſchehen ſey, *libripende Claudio Dativo, anteſtato Cornelio Victore.* Anteſtari hieß ſo viel, als tactis auriculis alterum teſtem advocare. HORATIVS *Serm. lib. I. Sat. IX.* v. 76. und was ACRON und PORPHYRIVS *in ſchol.* davon geſchrieben haben. conf. EVERARDVS OTTO *de Iurisprudentia Symbolica. Exerc. II.* c. 3. Ferner muſte bei der emancipation nicht allein der pater naturalis, ſondern auch der Käufer des Sohnes gegenwärtig ſeyn, welchen CAIVS patrem fiduciarium nennet. Allein dieſer letzte Name ſchickt ſich eben nicht zum beſten auf den Käufer des Sohnes, und der Hr. SCHVLTING hat *in Not. ad Caii Inſtit.* p. 55. gewieſen, daß ANIANVS CAIVM interpolirt habe. Wenn nun alle dieſe gegenwärtig waren, ſo führte der Vater den Sohn dem Käufer zu, und ſagte: *mancupo tibi hunc filium, qui meus eſt.* Darauf antwortete jener: *hunc ego hominem ex iure*

§. 199. Da wir bishero bei Abhandlung der vorgekommenen Titel allezeit den Vſum practicum eines ieden am Ende deſſelben beigebracht haben: ſo wollen wir dieſe Ordnung auch hier beobachten, und dabei zeigen, wie es mit der Auflöſung der väterlichen Gewalt, und den ſogenannten emancipationibus in Teutſchland gehalten werde. Es iſt hierbei zu mercken, daß die capitis deminutio, wie ſie bei den Römern geweſen, bei uns nicht mehr ſtatt finden kan; weil alſo dieſelbe hinwegfällt, ſo müſſen auch die Wirckungen derſelben aufhören: obgleich einige dafür halten wollen, daß diejenigen, welche in die Reichs-Acht und Ober-Acht, erkläret worden die väterliche Gewalt über ihre Kinder verliehren. THOMASIVS *de Vſupr. doctr. Inſt. Quib. mod. patr. pot. ſolv.* c. II. §. 4. Zum wenigſten haben die Räthe des Keiſer Carls V. ſich überredet, daß durch die Reichs-Acht die väterliche Gewalt verlohren gehe, weil ſie in den Reſtitutions-Brief, welchen der Keiſer dem gefangenen Churfürſten von Sachſen, Johann Friedrich, ertheilet hat, mit dürren Worten geſetzet haben: Wir ſetzen den Churfürſten von Sachſen wiederum ein in das Recht über ſeine Kinder, wie dieſes das diploma ausweiſet, welches LVNIG im Reichs-Archiv. P. *Spec. Sect. IV.* p. 64. beigebracht hat. Allein es kömmt ſehr unfüglich heraus. Denn bei den Teutſchen iſt die patria poteſtas nicht iuris civilis, ſondern iuris gentium: nun aber ſagt ja der Keiſer IVSTINIANVS ſelbſt §. 3. *Inſtit. de legit. agnat. tut. civilis ratio civilia quidem iura corrumpere poteſt, naturalia vero non utique.* Und dannenhero gewinnet es das Anſehen, daß durch die Reichs-Acht die väterliche Gewalt nicht ſowol aufgehoben, als vielmehr ſuſpendirt werde. Wiewohl auch dieſes nicht einmal kan geſagt werden. Denn wir haben ein Exempel, da ein gewiſſer Hertzog, ob er gleich geächtet war, und in einer harten Gefangenſchaft ſaß, von ſeinem Sohn verlangete, daß er bei ſeiner vorhabenden Vermählung nichts ohne dem väterlichen Willen thun ſolte. Wornach ſich der Printz auch gerichtet, keinesweges aber geglaubt hat, daß durch die Acht die väterliche Gewalt aufgehoben ſey. So ſind auch heut zu Tage die Würden und Ehrenſtellen nicht ſo beſchaffen, daß dadurch die väterliche Gewalt ſolte aufgehoben werden: ob wir gleich geſtehen müſſen, daß es ein gar ſeltenes Exempel ſey, daß diejenigen, welche Ehrenſtellen bekleiden, womit groſſe Einkünfte verknüpfet ſind, ſich unter der väterlichen Gewalt befinden. Allein, da iſt alsdenn die Urſache nicht die Ehrenſtelle, ſondern ſeparata oeconomia. THOMASIVS *c. l.* §. 6. Und daher hätte SIMON VAN LEEVWEN *in Cenſ. forenſ. lib. I. c. IX.* §. 17. nicht nöthig gehabt, ſich ſo zu martern, mit dem Unterſchied inter dignitates maiores & minores, publicas & privatas: denn wir haben dergleichen Dinge gar nicht nöthig. Daraus kan nun leichtlich die Frage erörtert werden:

ob einen die Doctor-Würde von der väterlichen Gewalt befreie? Wir antworten darauf, wenn der Herr Doctor bei seinen Eltern wohnet, und von ihrem Vermögen zehret: so ist er auch unter ihrer Gewalt. Hingegen, wenn er selbst zu leben hat, und sein eigen Feuer und Heerd anrichtet: so stehet er unter keiner väterlichen Gewalt mehr. Was die emancipationes betrift, so ist die emancipatio *Anastasiana* längstens ausser Gebrauch gekommen: die *Iustinianea* aber ist einigermassen noch heut zu Tage gebräuchlich. Wir finden, daß dieselbe unter vornehmen Personen vorgefallen. Es ist hiervon das Exempel des Grafen **Ludwigs von Löwenstein** bekannt, welcher im Jahr 1687, seine Kinder auf eine solenne Weise bei dem Reichs-Cammer-Gerichte emancipirt hat, wovon CVLPISIVS in dissert. *de adoptionibus & emancipationibus* die acta anführet. Andere Exempel hat BETSIVS *de pactis fam. illustr. Cap. X.* p. 366. und EYBEN *ad Inst. diss. III. obs. 13.* gesammlet. So ist auch diese Emancipatio sehr frequent in Handels-Städten bei den Kaufleuten. Denn da diesen sehr viel daran gelegen ist, daß Treue und Glaube erhalten und nicht in Zweifel gezogen werde; ein Kind aber, welches noch unter der väterlichen Gewalt stehet nicht hoffen kan, daß sich iemand mit ihm in Handels-Sachen einlassen werde: so pflegen die Kaufleute, die ihren Söhnen eine besondere Handlung wollen anstellen lassen, vor die Obrigkeit zu gehen, und sich zu erklären, daß sie ihre Söhne von der väterlichen Gewalt befreien wollen. Es kömmt aber dieses nicht aus den Teutschen Rechten, sondern aus den Römischen her, welche man ohne dringende Noth auf die Teutschen Sitten und Gewohnheiten angewendet hat. THOMASIVS *de Quasi emancipatione Germanorum* §. 38. seqq. Eben derselbe Hr. THOMASIVS meinet in diss. *ad tit. Inst. Quib. mod. patr. pot. solv.* daß dieses alles den Teutschen Gewohnheiten zuwider sey: und er hat auch gantz recht. Gleichwol sehe ich auch nicht ab, warum die emancipatio nicht expresse und solenniter geschehen soll, da doch solche stillschweigend angehet. Daher bezeuget auch BEYER *in Posit. ad Instit. h. t.* daß er zu Leipzig öfters gesehen habe, daß die Kaufleute, welche mit ihren Söhnen eine Handlungs-Compagnie haben aufrichten wollen, dieselben solenniter emancipirt haben. Hierbei kan ich nicht umhin, noch zwei Exempel von emancipationen anzuführen, welche sogar von grossen Potentaten vorgenommen worden. Denn es ist bekannt, daß als Ihro ietztregierende **Königliche Majestät in Pohlen** sich mit der Oesterreichischen Ertz-Hertzogin vermähleten, Höchstdieselben von Dero Hrn. Vaters Königl. Maj. solenniter emancipirt wurden. So geschahe es auch, daß, da *Don Carlos*, ietziger König beider Sicilien nach Italien gebracht werden solte, von seinem Hrn. Vater, dem Könige in Spanien, gleichfalls auf eine feierliche Weise von der väterlichen Gewalt losgezehlet wurde.

emancipiren wolte, so solte er ein rescript von dem Keiser darüber erhalten, da dann diese emancipation eben die Wirckung haben solte, als jene, welche ehemals durch einen dreifachen Scheinkauf geschehen wäre. Bei dieser emancipation wurde also erfordert, α) daß der Vater dem Keiser eine Suplik überreichen muste, und β) daß ein rescript von dem Keiser erfolgte, worin derselbe den Sohn pro emancipato erklärete. Allein es war auch diese Art zu emancipiren wegen der Grösse und Weitläuftigkeit des Römischen Reichs sehr beschwerlich. Z. E. Wenn einer in Africa wohnte, und seinen Sohn emancipiren wolte: so muste er die Bittschrift erst nach Constantinopel schicken, und daselbst ein rescript erhalten: welches aber nicht ohne grossen Geld- und Zeit-Verlust geschehen konte. Und eben dieses hat den Keiser *Iustinianum* bewogen, daß er hierin eine Aenderung getrofen, und eine viel leichtere Art, als jene gewesen, erfunden hat: wovon wir §. 197. handeln wollen. L. *ult. Cod. de emanc. lib.*

§. 197. Es hat also der Keiser *Iustinianus* eine gantz neue Art der emancipation erfunden, welche darin bestehet, daß sie vor einen ieden Richter, er mag competens oder incompetens seyn, geschehen kan. Und wenn diese geschahe, so pflegte der Vater diese Formel zu gebrauchen: *hunc sui iuris esse patior, meaque manu mitto.* CONSTANTINVS HARMENOPVLVS *in Promtuar. iur. civ. lib. I. Tit. VII.* §. 8. Es haben zwar einige den Keiser *Iustinianum* deswegen getadelt, allein PETRVS NANNIVS hat denselben *lib. X. Miscell.* c. 5. *in Tom. I. Thes. Crit.* GRVTERI p. 1372. gerechtfertiget. Soll also diese emancipatio *Iustinianea* ihre Gültigkeit haben: so wird erfordert, 1) daß der Richter, er mag competens oder incompetens seyn, es sey an einem Feiertage, oder er sey an der Gerichts-Stätte, oder zu Hause, angegangen werde. Denn es ist die emancipatio ein actus voluntariæ iurisdictionis, wobei weder eine citatio oder causſæ cognitio erfordert wird, und sowol an Feiertagen, als auch ausser Gericht kan vollzogen werden. §. 2. *Inst. de libert.* L. 2. L. 8. *Cod. de feriis.* Wird auch 2) erfordert, daß der Sohn dabei gegenwärtig seyn, und in die emancipation consentiren muß: denn heut zu Tage kan ein Sohn nicht wider seinen Willen emancipirt werden. L. 5. *Cod. de emanc. lib. Nov. 89.* c. 2. 3) Muß der Vater sich erklären, daß er diesen seinen Sohn aus der väterlichen Gewalt befreien wolle: und der Sohn muß sich erklären, daß er sich dem Willen seines Vaters gefallen lasse. Letztens wird 4) erfordert, daß der Richter ad acta nehme, oder, wie wir heut zu Tage reden, es protocolliren lasse. Wann dieses geschehen ist: so wird die emancipatio für richtig gehalten. Doch ist deswegen durch diese emancipationem *Iustinianeam* die *Anastasiana* nicht aufgehoben worden, sondern es kommt darauf an, wie es einer halten will.

de. MOSER Reichs-*Fama* P. X. c. 16. p. 381. Heut zu Tage gehen die Kinder bei uns aus der väterlichen Gewalt per nuptias und per ſeparatam oeconomiam. Und dieſe Weiſe iſt ſehr alt, deren auch ſchon TACITVS *de Mor. Germ.* c. 13. gedencket, da er erſtlich die Ceremonien anführet, welche beobachtet worden, wenn man den Söhnen die Waffen angeleget, und hernach hinzuſetzet: *Hæc apud illos toga, hic primus iuventæ honos. Ante hoc domus pars, mox reipublicæ.* Es kommen auch in den alten Teutſchen Geſätzen ſolche Stellen vor, welche dieſe Sache erläutern. Alſo ſtehet in L. SALICA *Tit. LXII. Si quis de parentela tollere ſe voluerit, in mallum, aut in tunchinium admallare debet, & ibidem quatuor fuſtos alninos ſuper caput ſuum frangere debet in quatuor partes, & illas in mallo iacere debet.* Noch klärer wird dieſes angezeiget im Sächſiſchen Land-Recht, *lib. I. art. XI.* und *XIII.* und im Schwäbiſchen Land-Recht c. 382. woraus man ſehen kan, daß die Eltern gewohnt geweſen, ihre Kinder, wenn ſie erwachſen, und ſich ſelbſt etwas haben verdienen können, von ſich zu theilen, und einem ieden etwas von ihrem Vermögen zu geben. Et hoc iure hodienum utimur, da die Kinder entweder per nuptias oder per ſeparatam oeconomiam aus der väterlichen Gewalt gehen. Wenn alſo ſich heut zu Tage ein Frauenzimmer verheurathet: ſo kömmt ſie aus der väterlichen Gewalt. Es iſt dieſe Gewohnheit ſehr alt, und wir können davon bei TACITO *de Mor. Germ.* c. 20. Spuren finden. Denn a) wurden die Töchter, wenn ſie ausgeſtattet wurden, mit gewiſſen Sachen verſehen, welche ſie zu den Mann bringen muſten. b) Erhellet aus der Beſchreibung der Verheurathung der Teutſchen, daß die Weiber in die Gewalt des Mannes gekommen ſind: woraus zu erſehen, daß die Gewalt der Eltern muß aufgelöſet worden ſeyn, und ſolches kan man nicht undeutlich aus dem Worte Freyen ſchlieſſen: Wie denn heut zu Tage in den Niederlanden ein Frauenzimmer, quæ virilis patientiæ iam apta, ein Freyſter oder Fryeſter genennet wird, daß iſt, eine ſolche, welche nun bald aus der väterlichen Gewalt befreiet werden wird. c) Iſt auch eine gewiſſe Anzeige, daß die Töchter bei ihrer Verheurathung von der väterlichen Gewalt ausgegangen, weil die Eltern den ritum coëmtionis gebrauchten. S. GVNDLINGII diſſ. *de Coëmtione uxorum, dote & morgengaba.* Nun aber iſt kein Zweifel, daß derienige ſeine Gewalt, die er an etwas hat, fahren laſſe, welcher ſein Recht auf einem andern bringet. Und daher kömmt das Teutſche Sprüchwort: Er hat ſeine Tochter ausgegeben. Wenn auch der Mann geheurathet hatte, ſo bekam er die Ehefrau in ſeine Gewalt, und hieß der Ehe-Voigt, oder der Eheliche Vormund ſeiner Frauen, wovon wir in unſerer diſſertation *de tutore & curatore uxoris legitimo.* c. 2. ausführlich gehandelt haben. Der Grund dieſes Rechts findet ſich im Sächſiſchen Land-

Recht

Recht *lib. I. art. 31.* allwo es heisset: Wenn ein Mann ein Weib nimmt, so nimmt er sie in seine Gewähr, und alles ihr Gut zu rechter Vormundschaft. Quær. Wie wird es gehalten, wenn der Mann verstirbt, fällt die Frau da nicht etwa wieder unter der Eltern ihre Gewalt? Wir antworten darauf, nein, es wäre denn, daß sie arm wäre, daß sie wieder in des Vaters Haus zurückkehren müste: denn da würde sie wieder unter die väterliche Gewalt kommen. Wiewol sie in foro pro persona sui iuris gehalten wird. SIMON VAN LEEVWEN *Cens. forens. lib. I.* c. IX. §. 14. Die Söhne kommen bei den Teutschen aus der väterlichen Gewalt, wenn sie separatam oeconomiam anstellen. Quær. Findet dieses nicht auch statt, wenn sich die Söhne verheurathen? Der angeführte SIMON VAN LEEVWEN *c. l.* §. 9. seqq. ist dieser Meinung zugethan: wir können ihm aber aus zweierlei Ursachen keinen Beifall geben. Denn *α*) fällt die raison weg, welche sich nur auf die Töchter reimet, weil dieselben durch die Verheurathung in eines andern Gewalt kommen. *β*) Wird in den Magdeburgischen Weichbild art. 76. ausdrücklich gesagt: daß der Sohn alsdenn von der väterlichen Gewalt ausgehe, wenn er seine eigene Haushaltung anstelle. BERLICH. P. II. *concl. 2. n. 37. seqq.* Doch kan man nicht sagen, daß die Söhne nicht mehr der väterlichen Gewalt unterworffen sind, wenn sie vor sich allein leben: sondern es kömmt darauf an, ob sie im Stande sind, sich selbst zu verpflegen. Sodann, wenn einer separatam oeconomiam anstellet: so kan zwar der Vater seine actiones nicht mehr dirigiren, der Sohn aber bleibt doch des Vaters Erbe, und ist schuldig den Vater allen kindlichen respect zu erweisen. Dieses ist merckwürdig, daß wenn bei den Teutschen ein Kind aus der väterlichen Gewalt kömmt, selbiges nicht aufhöret des Vaters Erbe zu seyn. Bei den Römern verhielt es sich in diesem Fall gantz anders. Denn wenn einer da emancipirt wurde, so hörten alle iura familiæ & agnationis auf, und der emancipatus konte stricto iure nicht succediren, sondern konte nur ex beneficio prætoris die bonorum possessionem, entweder contra tabulas, oder ab intestato, ex edicto, *unde liberi*, erhalten. *tot. Tit. Inst. de bonor. possess.* Nichts gilt davon in Teutschland, allwo die Kinder sich von den Eltern separiren salvo iure successionis: ausgenommen an denjenigen Orten, wo Lübisch Recht gilt, wovon im folgenden §pho soll gehandelt werden. Weil die Kinder, die sich von den Eltern separiren, den Eltern zu allen Gehorsam verbunden bleiben: so können dieselben sich auch wider ihren Willen nicht verheurathen. Aber, wie wird es alsdenn gehalten, wenn sie dieses dennoch thun? darauf dienet zur Antwort, daß alsdenn zwar die Ehe, welche vollzogen worden, nicht getrennet wird, weil wir uns hierin so sehr an das Kirchen-Recht binden, welches die Ehe als ein Sacrament nicht will getrennet wissen. ZACH.

HVBER. *Cent I. Obſerv. rer. iudicatar. obſ. 1.* Nichts deſtoweniger können die Eltern ſolche Pflichtvergeſſene Kinder ultra legitimam enterben. Ja in Sachſen können ſie ihnen noch die Hälfte des Pflicht-Theils nehmen, und wenn ein ſtuprum vorgegangen, können ſie dieſelben gantz und gar enterben. LÜDER MENCKE *in Theoria & Praxi Pandectarum Tit. de Nuptiis*, §. 8.

§. 200. Nach dem Lübiſchen Recht, und in Weſtphalen, wird es ſo gehalten, daß die Kinder, wenn ſie ſich von den Eltern ſeparirt haben, pro mortuis gehalten werden. Und dieſes gehet ſo zu. Wenn iemand aus der erſten Ehe Kinder erzeuget hat, und ſich wieder verheurathen will: ſo pfleget er den Kindern erſter Ehe gerichtlich einen gewiſſen Theil ſeiner Güter zu überlaſſen, womit die Kinder zufrieden ſeyn müſſen, und mit den Kindern anderer Ehe ihren Vater nicht erben können. Der caſus iſt dieſer. Ein Mann hat in der erſten Ehe zweene Söhne, *Lucium* und *Caium*, erzeuget. Da er ſich nun wieder verheurathet: ſo giebt er dieſen Kindern von ſeinem Vermögen, welches in 10000. Thalern beſtehet, die Hälfte, nemlich 5000. Thaler. Hierauf erzielet er mit der andern Frau noch zwei Kinder, *Mevium* und *Sempronium*, und als er ſtirbt, verläſt er 10000. Thaler. Da bekommen *Mevius* und *Sempronius* dieſe gantze Verlaſſenſchaft, und die abgefundenen Kinder können nicht einen Heller erhalten, ſondern müſſen mit demjenigen zufrieden ſeyn, was ſie bekommen haben. Hingegen wenn es auch geſchehen ſolte, daß ein ſolcher Mann verſtürbe, da er um alle ſeine Güter gekommen; ſo würden die Kinder anderer Ehe auch von den Kindern erſter Ehe nichts fordern können. *Ius Lubecenſe P. II. Tit. II. art. 33.* ibique MEVIVS. *Statuta Hamburgenſia lib. III. Tit. III.* §. 2. Wenn wir aber geſagt haben, daß die abgefundenen Kinder aus der väterlichen Verlaſſenſchaft nichts bekommen können: ſo iſt dieſes nur von dem Fall zu verſtehen, wenn die Eltern ab inteſtato verſterben. Denn es können die Eltern ihren Kindern von ihren wohlgewonnenen Gut etwas im Teſtament verlaſſen. Wir ſagen von ihren wohlgewonnenen Gut; denn ſind es Erbſtücke: ſo können ſie davon nicht diſponiren. MEVIVS *ad Ius Lubecenſe c. l.* Wenn wir unſere Abſicht aber nicht darauf nehmen, ſondern die Kinder betrachten, wie ſie per nuptias oder per ſeparatam oeconómiam aus der väterlichen Gewalt kommen: ſo iſt zu mercken, daß dieſe Kinder als patresfamilias ratione adquæſtus conſiderirt werden, wiewol der Vater die poteſtatem iuris gentium über dieſelben behält, welche er vor der ſeparation gehabt hat. Es verlieren auch die Kinder nicht die iura familiæ, und ſuccediren ihren Eltern eben ſowol, als die liberi non ſeparati. Es würde überflüßig ſeyn, wenn wir hier anführen wolten, daß die Kinder durch den Tod der Eltern auch aus der väterlichen Gewalt gehen, oder wenn die Eltern von Sinnen kommen, oder we-

gen Verſchwendung ihrer Güter nicht mehr verwalten dürfen. Denn dieſes alles erhellet aus ſich ſelbſt.

Tit. XIII.

De Tutelis.

§. 201.

Succedit ultima hominum diviſio ſeu potius ſubdiviſio. Die erſte war, daß die Menſchen entweder Freie oder Knechte ſeyn; und die andere, daß die Freien entweder ingenui oder libertini ſeyn: und von dieſen iſt vom zweiten bis zum ſiebenten Titel gehandelt worden. Hernach haben wir die Eintheilung gehabt in homines ſui & alieni iuris. Diejenigen, qui alieno iuri ſubiecti erant, waren entweder in der herrlichen Gewalt, (*Tit. VIII.*) oder in der väterlichen Gewalt, (*Tit. IX. XII.*) Zuletzt ſind die homines ſui iuris entweder in tutela, oder curatela, oder keiner von beiden unterworfen. *princ. Inſt. h. t.* Es iſt dieſes, wovon wir handeln wollen, eine ſehr ſchöne Materie, und ganz und gar praktiſch. CUIACIUS *lib. XXI. Obſervat.* c. 23. läugnet, daß die Pupillen ſui iuris ſind, wegen des L. 43. D. *de Oblig. & act.* und L. 20. D. *de novat.* L. 2. D. *de pollicit.* Allein es iſt ein groſſer Unterſchied inter poteſtatem adminiſtratoriam, welche der tutor hat, & poteſtatem adquiſitivam, welche der Vater hat. L. 215. D. *de Verb. Signif.* OTTO *ad princ. Inſt. h. t.* p. 102. Es iſt aber die tutela und curatela iuris gentium, und faſt bei allen Völckern angenommen geweſen. PUFENDORF *de iure naturæ & gentium. lib. IV.* c. 4. SELDENUS *de uxore Ebraica. lib. II.* c. 3. Es ſind aber die Römer bei dieſer Materie in vielen Dingen davon abgegangen, und haben etwas neues verordnet: daher bei ihnen tutela puberum, curatela minorum & feminarum angenommen war. Wir wollen in dieſer Sache ordentlich gehen, und unterſuchen, 1) was die tutela ſey? (*Tit. XIII.*) 2) Wie vielerlei dieſelbe ſey? (*Tit. XIV - XX.*) 3) Worin das Amt der Vormünder beſtehe? (*Tit. XXI.*) 4) Was die curatela ſey? (*Tit. XXII.*) 5) Wie die tutela und curatela aufhöre? (*Tit. XXII. usque ad finem huius libri.*)

§. 292. Es kömmt aber die tutela aus dem Recht der Natur her. Denn es iſt der menſchlichen Geſellſchaft daran gelegen, daß diejenigen, welche ſich ſelbſt weder gouverniren, noch beſchützen können, durch andere Hülfe gouvernirt werden. LACTANTIUS *lib. VI. Divin. Inſtit.* c. 12. *Natura iuſtum eſſe,*

esse, tueri eos, qui tutela carent. Derohalben haben nicht allein die Römer, sondern auch die Griechen, wie auch andere Völcker, da sie sich blos nach der gesunden Vernunft gerichtet, denjenigen Vormünder bestellet, welche anderer Hülfe benöthiget waren. Und zwar, was die Römer betrift: so setzten dieselben Vormünder 1) den impuberibus oder pupillis. Denn wenn einer noch in einem solchen Alter ist, daß er ein Pupill ist, so hat er infirmum & lubricum iudicium, daß er leicht kan betrogen werden, oder das Seinige verschwenden, wenn er nicht von andern gouvernirt wird. Es sind die Verse HORATII *de arte poëtica* v. 161. seqq. bekannt:

Imberbis iuvenis tandem custode remoto,
Gaudet equis canibusque & aprici gramine campi:
Cereus in vitium flecti, monitoribus asper,
Vtilium tardus provisor, prodigus aeris,
Sublimis, cupidusque & amata relinquere pernix.

Daher hat man für nöthig gehalten, dergleichen Pupillen Vormünder zu setzen. So setzte man 2) auch den Frauenzimmer Vormünder, und dieses findet man auch fast bei allen Völckern, daß man aus Mitleiden gegen das weibliche Geschlecht, und in Betrachtung dessen natürlichen Schwachheit verordnet hat, daß alle Weibes-Bilder unter Vormündern stehen solten. Daher denn auch die Römer, welche sonsten ihren Frauen mehr Freiheit liessen, als andere Völcker, dennoch dieselben einer immerwährenden Vormundschaft unterworfen haben: und es ist bekannt, daß diese perpetua tutela feminarum fast bis zu *Iustiniani* Zeiten im Schwange gewesen. Ja es waren die Weiber in diesem Fall deterioris conditionis als die Pupillen. Denn wenn die Pupillen die annos pubertatis erreichet hatten; so wurden sie von der Vormundschaft befreiet: dagegen die Frauens-Personen unter einer immerwährenden Vormundschaft verbleiben musten. Es wäre denn gewesen, daß dieselben α) durch die Verheurathung in manum mariti gekommen, oder β) drei Kinder erzeuget hätten, da sie alsdenn von der Vormundschaft befreiet worden. S. unsere *dissertation de tutore & curatore uxoris legitimo*, und des Hrn. OTTO *diss. de perpetua feminarum tutela.* Letzlich kamen auch 3) die puberes, welche entweder, weil sie noch nicht das erforderliche Alter hatten, oder wegen anderer Ursachen ihre Güter noch nicht verwalten konten, Z E. minorennes, furiosi, prodigi, unter die Curatel. Dieses geschahe nach den alten Rechten: dahero wird gefragt, ob es nach dem neuen noch eben so sey? Wir antworten darauf, allerdings, ausser, daß der Keiser *Iustinianus* die perpetuam tutelam aufgehoben hat. Wir finden von dieser Tutel noch einige fragmenta, welchen aber *Tribunianus* fast einen gantz andern Sinn angedichtet hat.

§. 203. Wir handeln im gegenwärtigen §pho von der tutela pupillari, welche *Servius Sulpicius*, ICtorum coryphæus tempore *Ciceronis*, folgendermaſſen definiret hat: *Tutela eſt vis ac poteſtas in capite libero, ad tuendum eum, qui propter ætatem ſuam ſe ſponte defendere nequit, iure civili data ac permiſſa.* §. 1. *Inſt. h. t.* L. 1. D. *de tutel.* Da finden ſich nun einige Leute, welche dieſe definition gantz entſetzlich herunter machen, wie bei MONTANO *de tutelis* c. 2. zu erſehen iſt. Ja es finden ſich noch heut zu Tage Leute, welche, da ſie ſich für klüger als andere halten, es ebenfalls ſo machen, da doch dieſe guten Leute kaum ſelbſt im Stand ſind, eine rechtſchaffene definition zu machen. Es haben auch die wenigſten obige definition recht verſtanden; denn ſonſt würden ſie nicht vorgegeben haben, daß dieſelbe dunckel ſey, abſonderlich wegen der Worte: *Eſt vis ac poteſtas in capite libero.* Da fragen ſie: Was heiſſet hier caput liberum? Warum hat *Servius Sulpicius* ſich nicht klärer ausgedrücket: *eſt vis ac poteſtas in pupillo*? Sie ſagen aber auch, es ſey dieſelbe definitio ambigua, denn die Bedeutung dieſer Worte könne ſeyn, quod tutor debeat eſſe liberum caput, & quod pupillus debeat eſſe liberum caput: und daher ſey dieſe Redens-Art æquivoc. Endlich ſprechen ſie auch, es ſey dieſe definition ohne Urſache wortreich, denn was ſoll die Beiſetzung der unnützen Wörter, vis ac poteſtas, da dieſelben Synonima ſeyn, und eines von beiden genug geweſen wäre. Gravis & longa eſt iniuria Commilitones, cui profligandæ capaciores mihi clepſydras depoſcerem. Es iſt dieſes die ſchönſte definition, die nur irgend kan gegeben werden, wenn nur dieſelbe recht verſtanden wird. Es iſt nemlich caput liberum ein homo ſui iuris. GELLIVS *lib. V. Noct. Attic.* c. 10. VLPIANI *Fragm. Tit. XI.* §. 5. Und daher hat ſich *Servius* dieſes Worts bedienet, weil zu ſeiner Zeit nicht allein die Pupilli, ſondern auch die Weibes-Perſonen unter der Vormundſchaft ſtunden. Hernach hat er nicht ohne Urſache die beiden Wörter, vis ac poteſtas, mit einander verknüpfet. Denn vis bedeutet poteſtatem cum coërcitione coniunctam, poteſtas eam, quæ ſine coërcitione eſt: und alſo bedeutet vis mehr als poteſtas. Es ſind auch dieſe beiden Wörter keine Synonima, vielweniger eine unnütze Beiſetzung. Nun aber hatten die Vormünder bei den Frauens-Perſonen zwar poteſtatem, aber nicht vim: bei den pupillis aber, welche noch Kinder waren, hatten die tutores vim, und wenn ſie bald die annos pubertatis erreichet hatten, poteſtatem. So hat auch der ICtus *Servius* die differentiam ſpecificam in der definition ſehr wohl beobachtet. Denn da auch dem magiſtratu eine poteſtas in cives zukam; ſo ſetzte er hinzu: *ad tuendum eum, qui propter ætatem &c.* Die letzten Worte: *iure civili data ac permiſſa*, haben dieſen Verſtand, quod tutela legitima *lege XII. Tabularum* pupillis ſit data, & teſtamentaria patribus, dativa magiſtratibus permiſſa. L. 1. §. 2. D.

de

de Tut. dat. Es iſt alſo der Verſtand dieſer definition folgender. *Tutela eſt vis* (in infantibus) *& poteſtas* (in adultioribus) *in capite libero* (i. e. femina & pupillo) *ad tuendum eum*, (additum fuiſſe videtur eamve) *qui* (procul dubio additum fuit quæve) *propter ætatem* (additum fuit vel infirmitatem conſilii) *ſe ſponte defendere nequit.* Und ſo ſcheinet die definition des ICti *Servi* beſchaffen geweſen zu ſeyn. Da iſt nun ſehr wahrſcheinlich, daß *Tribunianus*, zu deſſen Zeiten die tutela feminarum nicht mehr im Gebrauch geweſen, diejenigen Worte, welche wir eingeſchloſſen haben, weggelaſſen, damit er dieſe definition auf ſeine Zeiten accommodiren möchte. Und darüber hat ſich niemand aufzuhalten, weil *Tribunianus* ſolche Aenderungen nach dem von *Juſtiniano* empfangenen Befehl thun konte. Aus dieſer gegebenen definition können wir folgendes axioma ziehen: *Tutela eſt munus publicum, princ. Inſt. de excuſ. tut.* Wenn wir ſagen, tutela eſt munus publicum: ſo muß dieſes recht verſtanden werden. Wir ſagen nicht, daß die tutela ein officium publicum ſey. Denn der Vormund verwaltet kein Amt in der Republik, hat auch keine Würde, und empfängt kein Salarium, ſondern er iſt und bleibet eine Privat-Perſon. Er führet aber ein munus publicum: munus publicum eſt onus, quod neceſſario obimus lege, more, imperiove eius, qui iubendi habet poteſtatem. L. 214. *pr.* D. *de Verb. Signif.* Da nun alſo den Vormündern dieſes onus publica auctoritate, nemlich durch ein Geſätz, oder von der Obrigkeit auferleget wird; nun aber alle Bürger gehalten ſind, daſſelbe zu übernehmen, wenn ſie nicht beſondere Urſachen haben, die ſie davon befreien: ſo kan auch die tutela mit Recht ein munus publicum genennet werden. Wolte jemand dagegen einwenden, tutela eſt quaſi contractus, und alſo vielmehr ein negotium privatum, als ein munus publicum: ſo iſt zu mercken, daß beides wahr ſey. Die tutela iſt ein quaſi contractus ratione pupilli: aber ein munus publicum ratione reipublicæ, quia huius vel maxime intereſt, rem pupilli ſalvam fore.

§. 205. Bei Abhandlung dieſes Sphi wollen wir ſehen, was aus unſerm feſtgeſetzten axiomate vor concluſiones flieſſen. Wir haben deren hier zwo angegeben. 1) Diejenigen, welche filiifamilias ſind, können zu Vormündern beſtellet werden. *princ. Inſt qui teſtam. tut. dari poſſ.* Davon lieget die Urſache in §. 139. *in Schol.* weil nemlich ein filiusfamilias in muneribus publicis pro patrefamilias gehalten wird L. 9. D. *de his qui ſui vel al. iur. ſunt.* und dahero kan ein ſolcher filiusfamilias auch die tutelam führen, welche ein munus publicum iſt. Es ſcheinet zwar dieſem Satz der L. 21. D. *ad L. Iul. de adult.* entgegen zu ſeyn, als in welchen ſtehet, in ſua poteſtate non videtur habere, quia non eſt ſuæ poteſtatis. Allein es ſiehet ein ieder leicht, daß in dieſem Lege eine poteſtas eiusdem generis zu verſtehen ſey. Daß aber die

poteſtas patris und tutoris diverſi generis ſey, iſt ſchon oben (§. 201.) erinnert worden. Zum andern haben wir geſetzet, daß weder Knechte, noch peregrini, noch Frauens-Perſonen die Vormundſchaft verwalten können. Nicht Knechte, noch peregrini, weil die tutela ein munus publicum iſt, welches dieſe Leute nicht führen können, weil ſie keine cives ſind. Nicht die Frauens-Perſonen, weil dieſelben ehemals ſelbſt unter der immerwährenden Vormundſchaft ihrer Verwandten ſtunden, und alſo niemand anders gouverniren konten, nach der kurtz vorher angeführten Regel aus dem L. 21. D. *ad L. Iul. de adult.* Wozu noch dieſes kömmt, daß die Weiber nicht im Stande waren, ein munus publicum perſonale zu übernehmen. Allein was im Anſehen der Weiber verordnet geweſen, das leidet nach den neuen Rechten eine gewaltige Ausnahme. Denn der Keiſer *Iuſtinianus* hat in der *Nov.* 118. c. 5. geordnet, daß die Mutter und Groß Mutter zur Vormundſchaft ſolten genommen werden: ia ſie werden allen übrigen agnaten vorgezogen. Die Urſache, welche den Keiſer *Iuſtinianum* zu dieſer Verordnung bewogen hat, daß er die Vormundſchaft gedachten Perſonen überlaſſen, iſt die beſondere Liebe geweſen, welche eben dieſe Perſonen zu den Kindern und Enckeln tragen, und welche ſo groß iſt, daß man nicht einmal einen Verdacht wegen übler Verwaltung haben kan. Es werden doch aber dieſe Weibes-Perſonen nicht eher zur Vormundſchaft gelaſſen, als bis ſie folgende Bedingungen erfüllen: a) daß ſie verſprechen müſſen, nicht wieder zu heurathen, und denn b), daß ſie ſich des beneficii SCti Vellejani begeben. Wiewol, was das letztere betrift, ſo gilt daſſelbe nicht allenthalben in Teutſchland, und hat der Herr Cantzler von Ludewig in einer beſondern Diſſertation *de Senatusconſulto Vellejano exule in Germania* gewieſen, daß daſſelbe in Handels-Städten nicht angenommen ſey. Ja es bekennet *Brunnemann ad Auth. matri, Cod. quand. matr. tut. off.* daß ſo gar an denjenigen Orten, wo doch ſonſt das Römiſche Recht angenommen ſey, man wenig von dieſer renunciation wiſſe. Ueberhaupt hat man ſich in Teutſchland wenig daran zu kehren, weil die Teutſchen die tutelas maternas zu allen Zeiten im Gebrauch gehabt haben, wie SCHILTER *in praxi iuris Romani, in for. Germ. Exerc. XXXVII. th.* 56. ſeqq. und der Herr Cantzler von Ludewig in diſſ. *de tutela materna* gewieſen haben.

§. 206. Da wir von den Perſonen gehandelt haben, welche zu Vormündern können geſetzet werden: ſo müſſen wir nunmehro ſehen, quibus caſibus tutores dati vel impediantur, vel eorum adminiſtratio ſuſpendatur? Dieſes können wir nicht beſſer, als aus dem Endzweck der Vormundſchaft erkennen, welcher kein anderer iſt, als daß der Vormund denjenigen beſchütze, qui per ætatem ſponte ſe defendere nequit. (§. 203.) Welche alſo dieſes nicht thun können, die können auch keine Vormünder ſeyn. Dieſe

ſind

ſind aber folgende: 1) Minorennes. Denn die minorennes, ſtehen ſelbſt unter den curatoribus, und können alſo niemand die Pflicht leiſten, welche ein Vormund vermag. §. 13. *Inſt. de excuſat. tut.* 2) Furioſi & mente capti. Denn da dieſe Leute ſelbſt nicht wiſſen, was ſie thun, wie wollen dieſelben wohl einem andern einen Vortheil ſchaffen können? L. *pen.* D. *de tutel.* 3) Surdi & muti. Denn wenn dieſe beiden Zufälle ſich bei Leuten zuſammen befinden: ſo ſind dieſelben von den furioſis und mente captis ſehr wenig unterſchieden, und können alſo ſelbſt zu keiner Vormundſchaft gebraucht werden. Ob nun aber gleich alles dieſes ſich in That und Wahrheit alſo verhält, wie wir geſaget haben: ſo pfleget man doch einen Unterſchied zu machen inter tutelam teſtamentariam, legitimam & dativam. Denn wenn Vormünder im Teſtament ſind geſetzet worden, welche entweder minorennes, oder furioſi, oder ſurdi & muti ſind: ſo pfleget die Vormundſchaft nicht aufgehoben zu werden, ſondern es wird dieſelbe alsdenn nur ſuſpendirt, d. i. ſie verbleiben zwar tutores, aber die Verwaltung der Vormundſchaft wird ihnen nicht zugelaſſen, ſondern es wird mittlerweile ein curator beſtellet, welcher die Verwaltung der Vormundſchaft ſo lange hat, bis ſolche Perſonen zu ihren völligen Alter kommen, oder der furor aufhöret, oder bis ſie wieder hören und reden lernen. Iſt aber einer ein tutor legitimus, daß er wegen naher Anverwandſchaft die Vormundſchaft übernimmt, oder Dativus, daß er von der Obrigkeit geſetzet wird, und eine ſolche Perſon iſt nicht bei Verſtande, oder redet und höret nicht; ſo kan alsdenn dieſelbe nicht Vormund ſeyn, oder, wenn ſie es ſchon geworden iſt, und verfällt hernach in obangeführte Kranckheiten: ſo muß alsdenn die Vormundſchaft gleich aufhören, und es wird ein anderer Vormund beſtellet. Es iſt dieſer Unterſchied ſehr wohl zu mercken, denn er hat ſeinen Grund in L. 10. §. 7. D. *de excuſ. tut.* Es wird aber hier billig gefragt: was denn die Urſach dieſes Unterſchieds ſey?

§. 207. Wir haben nun geſehen, was für Leute zu Vormündern können beſtellet werden: ietzo wird gefragt, was vor Leuten Vormünder geſetzet werden? Wir antworten aus unſerer oben (§. 203.) geſetzten definition: capitibus liberis, quæ ſponte ſe defendere nequeunt. Daraus wollen wir folgende vier Schlüſſe ziehen. 1) Tutor datur primario perſonæ, non rebus §. 4. *Inſt. qui poſſ. tut. dar.* d. i. der Tutor wird geſetzet ad educationem, die Verwaltung aber iſt nur eine zufällige Sache, welche kan da ſeyn und wegbleiben. Hierin unterſcheidet ſich der tutor von dem curatore, qui primario rei non perſonæ datur. Wir haben geſagt, es werde der tutor primario der Perſon, nicht den Sachen gegeben: es gehet doch aber auch an, daß er die Sachen des Pupillen verwalten kan. Ja bisweilen wird auch ein tutor ad certum actum gegeben, z. E. wenn einer eine Erbſchaft antreten ſoll. Aber,

warum

warum hat man dieſes principium angenommen? Wir antworten darauf, weil in der definition die tutela ausdrücklich genennet wird, vis ac poteſtas in capite libero, non in eius rebus vel patrimonio. 2) Wer noch einen Vater hat, dem kan kein Vormund gegeben werden L. 239. D. *de Verb. Signif. princ. Inſt. h. t.* Aber warum dieſes? Weil α) da der Vater lebet, der Sohn in ſeiner Gewalt, und alſo kein caput liberum, oder homo ſui iuris iſt, welche doch ſonſt unter der Vormundſchaft ſeyn können: weil, β) indem der Vater noch lebet, der Sohn keines weitern Beſchützers benöthiget iſt. 3) Servo tutor non datur. L. 17. D. *de tut. dat.* Hier iſt eben die obige Urſache vorhanden, weil nemlich der Knecht in der Gewalt ſeines Herrn, und alſo kein caput liberum iſt, daher er auch keinen Vormund bekommen kan. 4) Peregrinis tutor non datur. CICERO *pro* A. *Cæcina* c. 33. Es möchte aber hier einer einwenden, wenn ein peregrinus ein Pupill iſt, ſo iſt er des Schutzes benöthiget, und es iſt ia auch derſelbe ein caput liberum, weil nicht alle peregrini ſervi ſind? Wir können aber dieſem Einwurfe alſo begegnen: es ſind die peregrini zwar eines Schutzes benöthiget, ſie haben aber eben nicht nöthig die tutelam iuris Quiritium. Sie ſind zwar libera capita, aber nur in ihrem Vaterlande, und nicht in Rom, alwo ſie ſich nicht der Freiheit der Römiſchen Bürger zu erfreuen hatten. Derohalben bekommen zwar die peregrini Vormünder nach den Rechten ihres Vaterlandes, nicht aber nach den Römiſchen Rechten. Alſo verheurathen ſich auch die peregrini, ſie machen teſtamenta, ſie treten Erbſchaften an, u. d. m. aber dieſes nicht nach den Römiſchen Rechten, als deren ſie nicht theilhaftig ſind.

§. 208. und 209. Es iſt noch übrig die letzte Frage zu erörtern: wie vielerlei die Vormundſchaft ſey? Darauf wird geantwortet: es ſey dieſelbe vel teſtamentaria, vel legitima, vel dativa. Die teſtamentaria tutela beſtehet darin, wenn der Vater ſeinen Kindern im Teſtament Vormünder verordnet. Tutela legitima heiſſet, wenn diejenigen Perſonen die Vormundſchaft übernehmen, welchen dieſelbe die Geſätze geben, und dieſes ſind agnati, patroni, parentes, fratres. Tutelam dativam nennen wir, wenn die Obrigkeit den minderjährigen Perſonen Vormünder beſtellet. Und alſo verordnet der teſtator die tutores teſtamentarios, das Geſätz die legitimos und die Obrigkeit die dativos. Unter dieſen Arten der Vormundſchaft wird folgende Ordnung beobachtet; 1) Tutores teſtamentarii werden allen andern Vormündern vorgezogen, und wenn alſo ſolche da ſind, werden die legitimi nicht zugelaſſen. 2) Wenn kein teſtamentarius tutor vorhanden iſt, ſo übernehmen die legitimi die Vormundſchaft. 3) Iſt keine von beiden vorhanden, ſo ſetzt alsdenn die Obrigkeit den minderjährigen Vormünder. Der Grund dieſer Eintheilung iſt aus den LL. XII. *Tabb.* herzuholen, worin folgender lex ſtunde: *Paterfamilias*

Digitized by Google

milias uti legaſſit ſuper familia, pecunia tutelave ſuæ rei, ita ius eſto. Daraus ſchloſſen nun die Alten, daß die Vormundſchaft nichts anders als eine hereditas ſey. Und meineten, a) daß gleichwie ein heres teſtamentarius alle andere Erben ausſchlieſſe, ſo müſte ſolches auch bei dem tutore teſtamentario ſtatt finden. b) Gleichwie die heredes legitimi ab inteſtato ſuccediren, wenn kein Erbe im Teſtament eingeſetzet worden, alſo muſten auch in Ermangelung eines tutoris teſtamentarii die legitimi die Vormundſchaft überkommen. Letzlich c) gleichwie der Prætor gewiſſen Leuten die bonorum poſſeſſionem in ſubſidium geben kan: alſo kan er auch einen Vormund beſtellen, wenn kein teſtamentarius noch legitimus vorhanden iſt. Dieſes iſt alſo der Grund obgedachter Eintheilung: wir wollen nun von einer ieden Art der Vormundſchaft in beſondern Titeln handeln. Zuerſt ſoll die Rede de tutela teſtamentaria ſeyn. Ehe wir aber weiter gehen: ſo wollen wir hier die Frage erörtern, ob nicht auch die tutela pactitia ſtatt finde? Dieſe war nach den Römiſchen Rechten nicht erlaubet; und man kan ſich hier nicht auf den §. 9. *Inſt de excuſat. tut.* L. 15. §. 1. D. *cod. tit.* L. 29. D. *de teſt. tut.* L. 35. *princ.* & §. 2. D. *de adminiſtr. tut.* berufen. Allein es iſt da nur die Rede von einem, der den andern verſprochen hat, daß er die Vormundſchaft über deſſen Kinder übernehmen wollen. Aber, wenn auch dergleichen pactum eine vim obligandi gehabt hätte: ſo würde dieſer doch mehr ein tutor teſtamentarius geweſen ſeyn. L. 1. §. 1. D. *de conf. tut.* Hingegen verhält es ſich in Teutſchland damit gantz anders. Denn da ſonſt keine teſtamenta bekannt geweſen, und die pacta allezeit im Schwange gegangen: ſo ſiehet man leicht, warum man auch die tutelam pactitiam zugelaſſen habe. Wir haben alſo bei uns viele Exempel ſolcher Vormundſchaften, welche der Herr Cantzler von Ludewig T. II. *lib. IV. opuſc. III. diſſ.* 4. *litt. yy.* und LEYSER *in Medit. ad Pand.* T. V. *Spec.* 328. p. 449. anführen. Wenn dergleichen tutela pactitia einmal durch die Familien-Verträge feſtgeſetzet worden: ſo kan dieſelbe hernach nicht wieder im Teſtament geändert werden. LEYSER c. l. und wir haben bei unſerer Facultät wegen der Würtembergiſchen Vormundſchaft auf eben dieſe Weiſe geſprochen. Allein es iſt auch hierbei zu mercken, daß dieſe Vormünder müſſen beſtättiget werden, es wäre denn, daß ihnen die confirmatio per privilegium erlaſſen worden. LEYSER *c. l.* p. 461. welcher auch ein Exempel aus Müllers Sächſiſchen *Annalibus ad an.* 1602. p. 231. anführet.

Tit. XIV.

Qui Teſtamento Tutores dari poſſunt.

§. 210.

Die erſte Art der Vormundſchaft iſt die tutela teſtamentaria, bei welcher wir etwas ſtehen bleiben, und ihren Urſprung und Eigenſchaft ausfindig machen müſſen. Dieſe Art der Vormundſchaft iſt bei den Römern ſo alt, daß wir ſchon unter den Königen davon ein Exempel finden. LIVIVS *lib. I.* c. 40. In den LL. XII. *Tabb.* iſt dieſelbe beſtättiget worden, worin folgende Satzung war: *Paterfamilias uti legaſſit ſuper familia, pecunia tutelave ſuæ rei, ita ius eſto.* Hier iſt zu mercken, daß legare nicht allein heiſſet, beſondere Sachen im Teſtament vermachen, ſondern es bedeutet das gantze Teſtaments-Geſchäfte, und heiſſet ſo viel als teſtari, teſtamento ſtatuere vel decernere. Pecunia, welches in LL. XII. *Tabb.* vorkommt, heiſſet nicht allein das Geld, ſondern das gantze Vermögen des teſtatoris: welches AVGVSTINVS *de diſcipl. chriſt.* T. VI. *Oper.* p. 585. erkläret, da er ſaget: *Quicquid enim homines poſſident in terra, quorum domini ſunt, pecunia vocatur, ſervus ſit, vas, ager, arbor, pecus: quicquid horum eſt, pecunia vocatur.* L. 188. L. 222. D. *de verb. ſignif.* Wenn die Worte ſuæ rei dabei ſtehen, ſo gehöret dieſes eigentlich zu der Vormundſchaft: denn wir haben oben gehöret, quod tutor perſonæ primario, non rei detur. Es iſt alſo der Verſtand dieſes Geſätzes eigentlich dieſer, was ein paterfamilias in ſeinem Teſtament ſetzen, und auf welche Weiſe er von der Vormundſchaft über ſeine Kinder diſponiren wird, dabei ſoll es nach ſeinem Tode ſein unverrücktes Bewenden haben. Wenn nun ein Vater den Kindern, die er in ſeiner Gewalt hatte, Vormünder geſetzet: ſo wurden dieſelben ſine ſatisdatione & inquiſitione angenommen, und ſchloſſen alle legitimos aus. Denn weil der Grund dieſer tutelæ teſtamentariæ die väterliche Gewalt war: ſo folgete daraus, daß auch den Enckeln, welche nach dem Tode ihres Groß-Vaters nicht wieder in die väterliche Gewalt fielen, wie auch den impuberibus, wenn ſie enterbet waren, konten im Teſtament Vormünder geſetzet werden. L. 4. L. 26. §. 2. L. 31. D. *de teſt. tut.* Dieſes iſt der Urſprung der tutelæ teſtamentariæ. Daraus ziehen wir folgendes axioma: Pater liberis, in ſua poteſtate conſtitutis, & in alterius poteſtatem non recaſuris, tutores teſtamento, vel codicillis teſtamento confirmatis dare poteſt. Wir ſagen, 1) der Vater kan ſolches thun. Denn die Decemviri ſagen: paterfamilias uti legaſſit, &c. Dahero konte dieſes weder die Mutter, noch Groß-Mutter, noch der Bruder, noch die Schweſter thun.

L. 2.

L. 2. D. *de confirm. tut.* Wir ſagen 2) liberis in poteſtate ſua conſtitutis poteſt dare tutorem. Denn nach den LL. XII. *Tabb.* muſte der Vater teſtiren de tutela ſuæ rei. Es muſten alſo ſolche keine extranei ſeyn, ſondern ſeine Kinder, welche in Anſehung des Vaters res mancipi waren. Wie wir öfters (§. 135.) erinnert haben. Wir ſagen 3) & in alterius poteſtatem non recaſuris. Dieſes ſind die Enckel, welche nach Abſterben ihres Groß-Vaters wieder in die Gewalt ihres Vaters fallen. Dieſen kan kein Vormund gegeben werden. Weil wir hier die Regel haben: (§. 207.) Patrem habenti tutor non datur. Es iſt aber auch hierbei eine Ausnahme, wenn z. E. der Groß-Vater den Enckeln einen Vormund auf den Fall ſetzet, wenn ihr Vater bei ſeinen Lebzeiten verſterben wird. Denn da ſagt VLPIANVS in L. 10. §. *ult.* D. *de teſt. tut.* daß dergleichen tutoris datio ihre Gültigkeit habe. Wir ſagen 4) Codicillis teſtamento confirmatis pater tutorem dare poteſt. Denn wenn es codicilli ab inteſtato vel teſtamento non confirmati ſind, ſo kan kein tutor geſetzet werden. Denn es würde ſolches einen Wiederſpruch in ſich faſſen, daß einer von demjenigen ſolte zum tutore teſtamentario ſeyn geſetzet worden, welcher kein Teſtament gemachet hätte. Dieſes iſt der eigentliche Verſtand unſers axiomatis; aus welchen wir nun leichtlich urtheilen können, welches der wahre Grund dieſer tutelæ teſtamentariæ ſey.

§. 211. und 212. Es iſt alſo der Grund dieſer tutelæ teſtamentariæ nichts anders als die väterliche Gewalt. Dahero folget daraus: 1) wer Kinder in ſeiner Gewalt hat, der kan denſelben auch Vormünder ſetzen: wer aber dieſelbe nicht hat, kan ſolches auch nicht thun. Aus dieſen principio läſſet ſich erſehen, 1) warum die Mutter, Groß-Mutter und andere perſonæ extraneæ im Teſtament keine Vormünder ſetzen können: weil nemlich nur allein der Vater und Groß-Vater die Gewalt über die Kinder haben, nicht aber die Mutter und Groß-Mutter. Daher denn auch der mütterliche Groß-Vater ſeiner Tochter-Kinde keinen Vormund im Teſtament ſetzen kan. Denn er hat keine patriam poteſtatem, welche der eintzige Grund dieſer tutelæ teſtamentariæ iſt. Wenn wir aber geſagt haben, daß die Mutter den Kindern im Teſtament keinen Vormund ſetzen kan: ſo iſt dabei wohl zu mercken, daß wenn dergleichen geſchehen iſt, dieſe tutoris datio bisweilen aus Nothwendigkeit, oder auch aus freien Willen beſtätiget wird. Z. E. die Mutter ſetzet im Teſtament ihre Kinder zu Erben ſeyn, und verordnet ihnen auch zugleich Vormünder: da pfleget man dieſes ex neceſſitate zu confirmiren. Wenn aber die Mutter die Kinder nicht zu Erben eingeſetzet, und ihnen doch Vormünder gegeben hat: ſo kömmt es auf den Richter an, ob er die Vormünder beſtättigen will, oder nicht. Ferner erſehen wir aus obigen principio, 2) warum nur den Kindern, welche in der väterlichen Gewalt ſind,

Vormünder können geſetzet werden, nicht aber den emancipatis. L. 1. *princ.* D. *h. t.* Denn die emancipati liberi, es mögen Söhne oder Töchter ſeyn, ſind perſonæ ſui iuris, und ſtehen unter keiner väterlichen Gewalt, daher ihnen auch keine Vormünder können geſetzet werden. Es giebt auch 3) obiges principium zu erkennen, warum den enterbten Kindern Vormünder im Teſtament können geſetzet werden. Denn die Enterbung benimmt zwar den Kindern die väterliche Erbſchaft, es iſt aber dieſelbe kein modus die väterliche Gewalt aufzuheben. (§. 192.) Es möchte dieſes iemand wunderlich vorkommen, daß ein Vater ſeine Kinder enterben, und doch gleichwohl Vormünder ſetzen könne: denn man ſolte glauben, daß wenn die Kinder nichts hätten, denſelben auch kein Vormund nöthig wäre. Allein es dienet darauf zur Antwort, daß, wenn α) die Kinder auch gar nichts haben, ihnen doch ein Vormund geſetzet werden kan, quia tutor primario perſonæ datur, non rei (§. 207. in Schol.) So können β) die enterbten Kinder bisweilen ein groſſes Vermögen haben, welches das väterliche weit überſteiget, z. E. wenn die Mutter oder die Groß-Mutter, oder die Groß-Väter ihnen anſehnliche Güter hinterlaſſen haben. Es kan aber heut zu Tage ein ſolcher Fall ſich nicht leicht ereignen, es wäre denn die exheredatio bona mente geſchehen, propter *Novellam* 115. Welches der Herr HVBER *in Prælect. ad Inſtit.* §. 2. *h. t.* wohl angemercket hat. Letzlich giebt uns 4) unſer oben angeführtes principium zu erkennen, warum den poſtumis im Teſtament ein Vormund kan geſetzet werden, ob gleich dieſelben weder geboren, noch unter der väterlichen Gewalt ſind. Es heiſſet aber hier: poſtumi, quoties de eorum commodo agitur, pro iam natis habentur. L. 7. D. *de ſtatu hominum.* Wenn ſie alſo ſchon für geboren gehalten werden, ſo muß man ſie auch für Kinder halten, welche ſchon unter der väterlichen Gewalt ſind: und derohalben kan ihnen auch der Vater im Teſtament Vormünder ſetzen. Doch wird auch dabei erfordert, daß die Umſtände dieſer poſtumorum alſo müſſen beſchaffen ſeyn, daß wenn ſie bei Lebzeiten ihrer Eltern würden ſeyn geboren worden, ſie auch unter ihre väterliche Gewalt gekommen wären.

§. 213. Hier haben wir die Frage zu erörtern, auf was Art und Weiſe die Vormünder geſetzet werden? Die Antwort fällt nach unſerm (§. 110.) gegebenen axiomate alſo aus: 1) daß dieſes im Teſtament geſchehen müſſe. Denn weil die Vormundſchaft mit der Erbſchaft verglichen wird; die Erbſchaft aber nur allein im Teſtament kan gegeben werden: ſo muß auch die Vormundſchaft durch das Teſtament übertragen werden. Man hat 2) nachgehends erlaubet, daß auch ein Vormund in codicillis teſtamento confirmatis kan geſetzet werden. Und dieſes ſcheinet deswegen eingeführet zu ſeyn, weil, da der teſtator den Vormund ſetzet, er die Vormundſchaft deſſelben Treue über-

überlaſſen will. Nun aber iſt dieſes ein fideicommiſſum: fideicommiſſa aber können ſowol in teſtamentis, als auch in codicillis teſtamento confirmatis überlaſſen werden. L. 3. *princ.* D. *h. t.* Nach dem iure digeſtorum muſte es im Teſtament geſchehen, und wenn daſſelbe umgeworfen wurde, ſo fiel auch die tutoris datio hinweg. Doch verhält ſich dieſes heut zu Tage nach der *Nov.* 115. c. 3. gantz anders: weil allda geſetzet worden, daß zwar das Teſtament in Anſehung des eingeſetzten Erben ſolte können umgeſtoſſen werden, aber die übrigen Stücken deſſelben, und alſo auch die tutoris datio, ſolten verbleiben. Wir erkennen daraus 3) Tutores dari poſſe omnes, quibuscum eſt teſtamenti factio, L. 22. D. *h. t.* und müſſen es auch ſolche ſeyn, welche publica munera übernehmen können. Z. E. Knechte, welche die Freiheit erhalten haben, oder filiifamilias, nicht aber Weibes-Perſonen. Ja es iſt hierbei wohl zu mercken, daß die Geſätze dem Vater bei der teſtamentaria tutela mehr Freiheit geben, als der Obrigkeit, welche einen Vormund ſetzen will. Denn die Obrigkeit kan keinen furioſum, noch minorennem, noch ſurdum & mutum zum Vormund beſtellen, ſondern wenn dergleichen geſchiehet, iſt alles null und nichtig. Aber der teſtator kan auch furioſos, Minderjährige, Taube und Stumme zu Vormündern beſtellen, ob dieſelben gleich die Vormundſchaft nicht verwalten können, ſondern ein curator von der Obrigkeit geſetzet wird. Nichts deſtoweniger ſind ſie ipſo iure tutores, ſo bald die Hinderniß aus dem Wege geräumet iſt, und müſſen ſie alsdenn ſogleich zur Verwaltung der Vormundſchaft gelaſſen werden. L. 10. §. 3. D. §. 4. *Inſt. h. t.* L. 10. §. 7. D. *de excuſ. tut.* Es kan auch die Obrigkeit zum Vormund beſtellet werden, wie aus dem L. 20. §. 1. D. *de teſt. tut.* zu erſehen iſt. Es flieſſet auch ferner daraus, 4) daß der teſtator keine ungewiſſe Perſon zum Vormund beſtellen kan. L. 20. *princ.* L. 30. D. *de teſt. tut.* Wovon die Urſach dieſe iſt, weil ehemals keine Perſona incerta konte zum Erben eingeſetzet werden. §. 25. *Inſtit. de Legat.* Ob nun gleich nachhero dieſes in Anſehung der Einſetzung des Erben iſt geändert worden: ſo hat man dieſes doch bei der tutela teſtamentaria beibehalten. Die Urſache davon iſt dieſe, weil derjenige, welcher ſeinen Kindern einen Vormund ſetzet, ſolches aus einem beſondern Vertrauen zu der beſtellten Perſon thut. Wie kan aber einer ſein Vertrauen auf eine ungewiſſe Perſon ſetzen? Und alſo gilt die Beſtellung eines Vormundes auf dieſe Art nicht, wenn einer ſetzen wolte, derjenige ſoll meiner Kinder Vormund ſeyn, welcher im zukünftigen Jahr wird Burgemeiſter werden. Endlich haben wir noch zu mercken 5), daß ein tutor kan gegeben werden pure, ſub conditione & in diem, welches aber wieder nicht von der Obrigkeit geſchehen kan; ſondern wenn dieſe es thun will: ſo muß es geſchehen pure, ſine omni conditione

aut die. Daher wird gefragt: warum der teſtator hierin mehr Recht als die Obrigkeit hat? Wir antworten darauf, weil die datio tutoris, welche von dem Prætore geſchiehet, ein actus legitimus iſt: actus vero legitimi non admittunt conditionem, nec diem L. 77. D. *de Reg. Iur.* Nun iſt aber die teſtamentaria tutela kein actus legitimus. IANVS a COSTA *ad Inſtit.* p. 90. daher kan dieſelbe auch ſub conditione & in diem geſchehen. §. 3. *Inſt. h. t.* L. 8. §. 2. D. *de teſt. tut.* Und hierin unterſcheidet ſich die tutela teſtamentaria wiederum von der hereditate, denn es kan einer ſub conditione & in diem zum Erben eingeſetzet werden.

§. 214. Wir haben nun das principium feſtgeſetzet, quod tutela ſit ſimilis hereditati: daher denn aus demſelben folgende neue Regel gezogen wird: quamdiu ſperatur tutela teſtamentaria, tamdiu non eſt locus tutelæ legitimæ. L. 11. *princ.* & §. 1. D. *de teſt. tut.* Die Urſache lieget am Tage. Denn gleichwie ein heres legitimus oder ab inteſtato nicht zur Erbſchaft gelaſſen wird, ſo lange als ein Teſtament-Erbe da iſt: alſo kan auch ein tutor legitimus nicht zugelaſſen werden, wenn ein tutor teſtamentarius entweder da iſt, oder noch gehoffet wird. Denn wie wir unten oft erinnern wollen, wenn wir auf die Abhandlung de teſtamentis kommen werden, ſo iſt die Regel angenommen: nemo poteſt pro parte teſtatus & pro parte inteſtatus decedere. L. 7. D. *de Reg. Iur.* Folgendes Exempel wird die Sache erläutern. Der teſtator ſetzet *Titium* zum Vormund ſeiner Kinder, wie er aber verſtirbt, wird *Titius* wahnſinnig: da entſtehet die Frage: ob der nächſte agnat als tutor legitimus kan zur Vormundſchaft gelaſſen werden? Wir läugnen ſolches aus dieſer Urſache, weil, ſo lange als die teſtamentaria tutela noch gehoffet wird, die legitima nicht ſtatt finden kan. Nun iſt hier ein ſolcher Fall. Derjenige, welcher wahnſinnig geworden, kan wieder zu Verſtande kommen, und bis dieſes geſchehen, ſetzet die Obrigkeit einen Curator (§. 206.). Wir haben hier deswegen obige Regel, nemo pro parte poteſt teſtatus, pro parte inteſtatus decedere, feſtgeſetzet, weil Hr. HVBER *in Prælect. ad Inſtit.* geläugnet hat, daß dieſelbe hierher gehöre, und dabei in den Wahn geſtanden, als ob dieſe Regel nur bei den Erbſchaften Platz ergreife. Daher wir nicht gezweifelt haben, der Meinung des Hrn. THOMASII *in Schol. ad Huberi Prælect. ad Inſt. h. t.* unſern Beifall zu geben, welcher gewieſen hat, daß dieſelbe nicht allein in Erbſchaften, ſondern auch bei Vormundſchaften ſtatt finden müſſe.

§. 215. In dem andern Theil dieſes Titels wird von der Beſtättigung der Vormünder, welche von der Obrigkeit geſchiehet, gehandelt: wobei wir uns aber wohl vorſehen müſſen, daß wir dieſelbe nicht etwa mit der heutigen Beſtättigung der Vormünder vermiſchen. Man hat hierbei auf nach-

Digitized by Google

nachfolgenden Unterſchied zu mercken. a) Heut zu Tage werden alle Vormünder von der Obrigkeit beſtättiget: ehemals aber geſchahe dieſes nur allein bei den teſtamentariis, und zwar nicht bei allen, ſondern nur bei einigen. b) Heut zu Tage werden auch diejenigen confirmiret, deren Beſtellung rechtmäßiger Weiſe geſchehen iſt, und woran man nichts auszuſetzen findet: ehemalen aber wurden nur diejenigen beſtättiget, welche im Teſtament waren geſetzet worden, wobei ein Fehler mit untergelaufen. Es iſt aber die Confirmatio ein actus, quo magiſtratus tutorem teſtamentarium vitioſe datum confirmat. So oft alſo bei der Beiſtellung eines Vormundes ein Fehler mit untergelaufen iſt, es mag nun derſelbe ratione perſonæ, oder ratione modi dandi geſchehen ſeyn, oder auch ratione illius, cui datur: ſo oft muß auch die confirmation von der Obrigkeit geſchehen. Daraus erſehen wir, daß das Wort confirmare nicht heiſſe, eine Sache, die an ſich ungültig iſt, zu befeſtigen, ſondern es heiſſet, den Mangel, der ſich bei einer Sache findet, dergeſtalt zu heben, daß dieſelbe für gültig gehalten werde, wovon wir in L. 38. D. *de adopt. & emancip.* L. 57. D. *de ritu nupt.* Exempel finden, alwo das Wort confirmare vorkommt; und daher pflegen einige Rechtsgelehrte die tutelam teſtamentariam in veram & quaſi teſtamentariam einzutheilen. Die erſte nennen ſie, welche keiner Beſtättigung bedarf, die andere aber, welche der Beſtättigung benöthiget iſt. Es kan aber ein Fehler ſeyn, 1) in der Perſon des teſtatoris, wenn eine Perſon, die keine patriam poteſtatem über die Kinder hat, im Teſtament einen Vormund beſtellet. Z. E. Die Mutter, oder die Groß-Mutter, oder ein anderer extraneus, wovon wir oben (§. 211.) geredet haben. Denn da wurde erinnert, daß der Grund der tutelæ teſtamentariæ die väterliche Gewalt ſey; wer dahero den minderjährigen Kindern, die nicht in ſeiner Gewalt ſtehen, Vormünder ſetzet, is vitioſe dediſſe videtur: und braucht es allerdings einer Confirmation. So iſt auch 2) ein vitium in modo dandi tutorem; wenn der Vormund nicht im Teſtament, oder in codicillis teſtamento confirmatis beſtellet wird, ſondern etwa in einem Brief. Da iſt in beiden Fällen die tutoris datio null und nichtig: weil doch aber der teſtator vermuthlich ein groſſes Vertrauen in die beſtellte Perſon geſetzet hat: ſo hat der Prætor dafür gehalten, es müſſe dieſelbe, ob ihre Beſtellung gleich mangelhaft ſey, von ihm confirmirt werden, durch welche Confirmation der defectus gehoben wurde. Quoniam enim parentes optimum conſilium pro liberis ſuis capere videntur, placuit prætori hoc patris iudicium ſequi & ſua auctoritate confirmare, ut valeat. Endlich kan 3) ein vitium ſeyn ratione illius, cui tutor dator, wenn einer dem filio emancipato einen Vormund beſtellet, da muß ebenfalls die Confirmation geſchehen, wiewol ſine inquiſitione h. e. ſine cauſſæ cognitione.

§. 216.

§. 216. Es geschiehet aber die confirmatio vel sine inquisitione, vel cum inquisitione. Sine inquisitione geschiehet die confirmatio, wenn der Vater *α*) dem filio emancipato einen Vormund bestellet hat. Denn da hat der Vater zwar im Testament einen Vormund gesetzet; es ist aber hier ein vitium, weil der Sohn nicht mehr in seiner Gewalt ist. Sodann geschiehet *β*) die confirmatio, wenn der Vater dem filio naturali instituto einen Vormund setzet. Denn hier wird dafür gehalten, daß der filius naturalis keinen Vater habe. Endlich muß auch *γ*) die confirmatio geschehen sine inquisitione, wenn die tutoris datio in codicillis testamento non confirmatis geschehen ist. Die Ursache ist diese, quia tutoris datio tutelæ similis est, qui codicillis relinqui nequit. In diesen dreien Fällen ist der Prætor absolument verbunden, die Bestellung des Vormundes, ob sie gleich mangelhaft ist, zu confirmiren, ohne daß eine inquisitio, i. e. causæ cognitio dabei nöthig ist, quia pater semper præsumitur bene liberis suis prospicere. Hingegen pfleget der Prætor die Vormünder zu confirmiren cum inquisitione, a) si pater dedit tutores liberis hæredibus institutis; b) si pater liberis naturalibus non instituris heredibus dedit tutorem. L. 4. D. *de tut.* L. 1. §. 2. L. 2. §. 7. D. *de confirm. tut.* c) Si extraneus tutorem dedit, z. E. der Vaters-Bruder oder Mutter-Bruder hat einen Vormund gesetzet. Denn weil hier in allen diesen Fällen es nicht nöthig ist, daß ein Vormund bestellet wird, weil hier ein Mangel der väterlichen Gewalt ist: so confirmirt zwar der Prætor die tutores, es geschiehet aber dieses cum inquisitione. In diesem Fall untersuchet der Prætor, 1) ob diese Vormundschaft dem Pupillen nöthig sey, 2) ob der Vormund ein ehrlicher Mann, 3) ob er ein guter Hauswirth, 4) ob er etwa ein Taugenichts, 5) ob er ein Feind seines Mündlings, und 6) ob er solvendo sey?

§. 217. Was den Gebrauch dieses Titels betrift: so ist zu mercken, 1) daß ein Vater seinem unerzogenen Kinde kan im Testament einen Vormund setzen: daher dann alle diejenigen Rechte, welche wir bisher erkläret haben, noch heut zu Tage im Gebrauch sind. Darin aber sind 2) unsere Gewohnheiten von den Römischen Rechten unterschieden, daß nicht allein die Vormünder, bei deren Bestellung sich ein Fehler findet, müssen confirmiret werden, wie es sonst die Römischen Rechte erfordern; (§. 215.) sondern auch diejenigen Vormünder, an deren Bestellung nichts auszusetzen ist, ja so gar die tutores legitimi müssen die Confirmation erhalten. *Reform. Polit. de an.* 1548. *Tit.* XXXI. §. 2. & 1577. *Tit.* XXXII §. 2. Der Herr STRYK ziehet *in Vsu moderno lib. XXVI. Tit. III.* §. 4. dieses von den dativis tutoribus in Zweifel, aus der Ursache, weil, wenn die Obrigkeit einen Vormund setzet, die Confirmation sogleich darunter zu verstehen sey. Allein

lein im vorher angeführten Reichs-Abſchieden wird die Beſtättigung aller Vormünder erfordert, ſie ſeyn gleich Teſtaments-Weiſe verordnet, oder durch das Recht oder Richter gegeben. Und wem iſt wohl unbekannt, daß datio & confirmatio tutorum zwo unterſchiedene Handlungen ſey. Der Grund dieſer Confirmation iſt in unſern Teutſchen Rechte zu ſuchen, da wir das principium angenommen haben, der Obrigkeit gehöre die Ober-Vormundſchaft, wovon wir in unſerer diſſertation *de ſuprema principum & magiſtratuum tutela* ausführlich gehandelt haben. Es hat auch der Vormund nicht eher ein Recht zu verwalten, als bis er die Beſtättigung erhalten hat: wie denn auch nicht genug iſt, daß, wenn der tutor ſich legitimiren will, er entweder das Teſtament vorzeige, worin er zum Vormund beſtellet worden, oder die nahe Verwandſchaft beweiſe, ſondern er muß ſein tutorium produciren. STRYK *in Vſu moderno lib. XXVI. Tit. III. §. 6.* BERGER *in Oeconom. iur. lib. I. Tit. IV. §. 160.* Es iſt auch nicht genug, daß die conſtitutio tutoris notoria ſey, weil den Nachkommen daran gelegen iſt, daß aus den actis erhelle, der tutor habe ſich rechtmäßig legitimirt. Noch viel weniger kan ſich der Vormund darauf berufen, wenn das tutorium ſchon in andern actis zu befinden iſt: denn es wird doch wieder erfordert, daß eine Copei deſſelben, welche von dem Secretario des Gerichts unterſchrieben wird, beigeleget werden muß. Und wenn dieſes geſchehen iſt, ſo wird derjenige nicht geſtraft, welcher in einem ieden Termin ſich nicht darauf berufen hat, wovon WERNHER *in Obſerv. Select. forenſ. Vol. IV.* P. VI. *obſ.* 265. p. 456. handelt. Es mercket der Herr HVBER *in Prælect. ad Digeſta lib. XXVI. Tit. IV.* §. 4. an, daß in Frießland es wegen der Beſtättigung der Vormünder eben ſo, wie bei uns, gehalten werde: nur ſey hiervon die tutela legitima der Mutter und Groß-Mutter ausgenommen, welche nicht pfleget beſtättiget zu werden. Es ſind einige, welche die Eintheilung der Vormünder in teſtamentarios, legitimos & dativos heut zu Tage verwerfen, und ihr allen Nutzen abſprechen, und zwar aus dem Grunde, weil alle Vormünder durch die confirmation tutores dativi werden. Es hat ſonderlich der Herr Geh. Rath THOMASIVS *in Not. ad Inſtit. h. t.* p. 93. und *in Not. ad Digeſta* p. 247. dieſe Meinung ſcharf verfochten: allein es iſt dieſen gelehrten Manne die Urſache verborgen geweſen. Denn obgleich heut zu Tage alle Vormünder beſtättiget werden: ſo bleibet doch unter ihnen der Unterſchied in Anſehung des Urſprungs, daß nemlich einige im Teſtament, einige von dem Geſätz, und einige von der Obrigkeit unmittelbar beſtellet werden. Woraus ſich denn zu Tage leget, daß der Unterſchied dieſer Eintheilung noch heut zu Tage ihren guten Nutzen hat. Es iſt aber auch dieſes bei uns merckwürdig, daß die Obrigkeit die Gewalt hat, die tutores teſtamentarios oder legitimos

zu übergehen, und andere zu beſtellen, wen dem Unmündigen daraus ein Vortheil zuwachſen kan. THOMASIVS *in Not. ad Inſtit. h. t.* p. 78.

Tit. XV.

De Legitima Agnatorum Tutela.

§. 218.

Die legitima agnatorum tutela, von welcher wir gegenwärtig handeln wollen, iſt die andere Art der Vormundſchaft, (§. 209.) und wird dieſelbe alſo genennet, weil dieſe Vormünder weder der teſtator, noch die Obrigkeit beſtellet, ſondern das Geſätz dieſelben zur Vormundſchaft beruſet. Dieſe Vormundſchaft kömmt aus den LL. XII. *Tabb.* her, worin geſetzet war: Aſt ſi inteſtato moritur, cui ſui heres nec eſcit, agnatus proximus tutelam nancitor. Und von dieſem lege iſt dieſe Vormundſchaft tutela legitima genennet worden, quia agnati ab ipſa lege ad tutelam vocabantur. Die alten Geſätzgeber ſind hierin unterſchiedener Meinung geweſen. *Solon* hatte alle Anverwandten des Pupillen von der Vormundſchaft ausgeſchloſſen, weil er beſorget, daß diejenigen, welche die Erbſchaft zu hoffen hatten, etwa ihren Unmündigen ein Succeßions-Pülvergen beibringen möchten. DIOGENES LAERTIVS *in Vitis Philoſoph. lib. I. n. 56.* ibique MENAGIVS, und daher ſetzte er, daß die Vormundſchaft von den cognatis ſolte geführet werden: wobei doch nicht allezeit auf die nächſten geſehen wurde, ſondern es kam auf die *Archontes* an, welchen cognatis ſie die Vormundſchaft übertragen wolten. Hingegen übernahm *Lycurgus* bei den Lacedämoniern die Vormundſchaft über ſeines Bruders Kinder, IVSTINVS *lib. III.* c. 1. wie denn auch HERODOTVS *lib. I.* c. 65. ein Exempel anführet, woraus man ſehen kan, daß die legitima agnato um tutela bei den Lacedämoniern angenommen geweſen. Es iſt dahero wahrſcheinlich, daß die Römiſchen Decemviri der Lacedämonier ihre Gewohnheit in dieſem Fall angenommen haben, wie dieſes GEORGIVS SCHVBARTVS *de fatis iurisprud. Rom.* §. 24. anmercket. Es iſt zwar der gelehrte Hr. OTTO *in præf. ad* T. III. *Theſ. iur. civ.* p. 7. von dieſer Meinung abgegangen, und glaubet, daß die tutela legitima ſchon unter den Römiſchen Königen bekannt geweſen ſey, welche hernach die Decemviri in LL. XII. *Tabb.* beibehalten hätten. Allein wir fallen hierin SCHVBARTO bei, weil bekannt iſt, daß nicht allein aus der Athenienſer, ſondern auch der Lacedämonier Geſätzen

ten viele Sachen in die LL. XII. *Tabb.* geſetzet worden, wie dieſes ATHENÆVS *lib. VI. Dipnoſ.* p. 273. AMMIANVS MARCELLINVS *lib. XVI.* c. 5. und SYMMACHVS *lib. III. ep. 11.* angemercket haben. Ob aber die Decemviri daran wohl gethan, daß ſie dieſes Geſätz in die zwölf Tafeln gebracht haben, das ſolte ſich wohl fragen laſſen. Der Hr. HVBER *in Digreſſ. lib. III.* c. 5. rühmet deswegen die prudentiam legitimam Decemvirorum ungemein: wir aber können ihn hierin keinen Beifall geben. Denn obgleich SALLVSTIVS *in bello Catil.* c. 9. und FLORVS *lib II.* c. 13. *lib. III.* c. 12. von den Römern ſagen, daß ſie zu derſelben Zeit die unſchuldigſte Aufführung gehabt haben: ſo hat ſich doch dieſes in den folgenden Zeiten ſehr geändert, da man anfing geitzig zu werden, und nach anderer Leute Güter zu trachten, wovon THOMASII diſſ. *de iniuſto iure heredipetarum* §. 14. ſeqq. und BYNKERSHOEK diſſ. *de captatoriis inſtitutionibus in Opuſc.* p. 303. ſeqq. nachzuleſen. Es iſt aber dieſe legitima tutela zweierlei: Nam lex vocat ad tutelam 1) proximos agnatos: und daher wird hier de legitima agnatorum tutela gehandelt. 2) Patronos ad tutelam libertorum impuberum: und daher kömmt die legitima patronorum tutela, von welcher *Tit. XVII.* geredet wird. 3) Lex vocat patrem ad tutelam filii emancipati impuberis: und daraus entſpringet legitima parentum tutela, wovon *Tit. XVIII.* handelt. Denique 4) Lex vocat fratrem ad fratris impuberis emancipati tutelam: und daher rühret die tutela fiduciaria, welche uns *Tit. XIX.* zu erkennen giebt. Dieſe drei letzte Arten der Vormundſchaft ſind heut zu Tage nicht mehr gebräuchlich: hingegen gilt die erſte Art, nemlich legitima agnatorum tutela, faſt überall, und dahero müſſen wir hier von derſelben umſtändlich handeln. Es findet aber die tutela legitima agnatorum ſtatt, wenn der Vater ohne ein Teſtament zu machen, verſtorben iſt. Denn wenn ein Teſtament da iſt, worin ein Vormund beſtellet worden: ſo wird der legitimus tutor nicht zugelaſſen (§. 214.). Wir haben aber geſagt, daß der tutor legitimus zu der Vormundſchaft gelaſſen werde, wenn der Vater ab inteſtato geſtorben iſt. Inteſtatus in hoc titulo deceſſiſſe dicitur pater, *α*) wenn der Vater gar kein Teſtament gemacht hat. *β*) Wenn der Vater zwar ein Teſtament gemachet hat, er hat aber darin von der Vormundſchaft nichts geſetzet, und iſt alſo in Anſehen der Vormundſchaft inteſtatus verſtorben. §. 2. *Inſt. h. t.* In beiden Fällen findet alsdenn die tutela legitima ſtatt. Aber hierbei wird gefragt, warum der nächſte agnat Vormund wird, wenn kein tutor teſtamentarius da iſt? Wir antworten hier aus unſerm oben (§. 208.) feſtgeſtellten und erklärten principio. Die Vormundſchaft wurde als eine Erbſchaft angeſehen; wenn nun im Teſtament kein Erbe eingeſetzet wird: ſo erbet der heres ab inteſtato. Und auf dieſe Art wird es auch bei der Vormundſchaft gehalten, wenn da kein tutor

teſtamentarius beſtellet worden: ſo fällt die Vormundſchaft auf den tutorem legitimum, d. i. auf den nächſten Agnaten. γ) Wird auch dafür gehalten, daß der Vater intestatus verſtorben ſey, wenn er zwar ein Teſtament gemachet, aber einen ſolchen zum Vormund verordnet hat, welchen man dazu nicht gebrauchen kan; oder, wenn er auch einen Vormund gegeben hat, welcher noch bei ſeinen Lebzeiten wieder verſtorben iſt. L. 6. D. *h. t.* L. 2. D. *de teſt. tut.*

§. 219. Hieraus kan man nun leichtlich ermeſſen, worin der Grund dieſer Vormundſchaft zu ſuchen ſey. Denn da die alten Römer die Vormundſchaft mit der Erbſchaft verglichen (§. 208.): ſo haben ſie dieſes als eine Regel angenommen: ubicunque eſt ſucceſſionis emolumentum, ibi & onus tutelæ eſſe debet. Dieſe Regel ſtehet in §. *un. Inſt. de legit. patron. tut.* Da nun das Geſätz den nächſten Agnaten die ſucceſſion gab, woraus ſie einen Nutzen zogen: ſo wolte daſſelbe auch haben, daß ſie das onus tutelæ übernehmen ſolten. Dieſe Regel iſt einmal in unſern Rechten angenommen worden: es iſt aber dieſelbe doch einigermaſſen limitirt. Denn wir haben geſetzet: dummodo perſona ſit habilis obeundo muneri publico. Es kan öfters geſchehen, daß eine Weibs-Perſon ein näheres Recht zu der ſucceſſion hat, als die näheſten Anverwandten, es wird ihr aber die Vormundſchaft nicht überlaſſen: es wäre denn die Mutter, oder Groß-Mutter. L. 73. *princ.* D. *de Reg. Iur.*

§. 220. und 221. Aus dieſem axiomate erlernen wir, was für Perſonen die tutelam legitimam übernehmen können. Wenn wir aber in dieſer Sache richtig verfahren wollen: ſo müſſen wir die neuen Rechte von den alten wohl unterſcheiden. Denn nach den alten Rechte konten nur die agnati, und wenn dieſe nicht da waren, die gentiles die tutelam legitimam übernehmen, weil dieſe allein ab intestato ſuccediren konten, welches aber die cognati nicht thun durften. Wenn dieſes ſoll verſtanden werden: ſo müſſen wir vorhero erklären, welche Leute bei den Römern agnati, welche gentiles, und welche cognati genennet werden. Ueberhaupt heiſſen cognati, qui eiusdem ſunt ſanguinis & originis, ſive paternæ, ſive maternæ. Z. E. Meines Vaters Bruder und meiner Mutter Bruder, wie auch meines Vaters Schweſter und meiner Mutter Schweſter ſind meine cognati. Insbeſondere aber werden agnati genennet, welche mir von der väterlichen Seite dem männlichen Geſchlecht nach verwandt ſind, es mag dieſes nun ein vinculum naturale oder civile ſeyn, wie adoptio iſt, weil einer auch per adoptionem die iura agnationis erhielte. Dictos vero ita putant, quaſi a patre cognatos, §. 1. *Inſt. h. t.* §. 1. *Inſt. de legit. agnat. ſucceſſ.* und dieſes nennet man auch *legitimam cognationem.* CAIVS *lib. II. Inſtit. Tit. VIII.* §. 3. L. 12. §. *ult.* D. *de*

ritu

ritu nupt. Ob nun gleich dieſes alles ſeine Richtigkeit hat, wenn man die agnatos den cognatis entgegen ſetzet: ſo gehet es doch nicht an, daß man dieſe definition beibehalten kan, wenn die agnati von den gentilibus ſollen unterſchieden werden. Denn auch dieſe ſind cognati per virilis ſexus perſonas cognatione coniuncti, und werden doch gleichwol in LL. XII. *Tabb.* von den cognatis nnterſchieden. Dahero wird nöthig ſeyn, einen Blick in die Römiſchen Alterthümer zu thun, damit wir im Stand geſetzet werden, dieſe Perſonen wohl von einander zu unterſcheiden. Bei den Römern waren theils gentes patriciæ, theils plebejæ, welche von ANTONIO AVGVSTINO, FVLVIO VRSINO, CAROLO PATINO, und VAILLANTIO mühſam beſchrieben worden. Ein iedes Geſchlechte unterſchiede ſich nach ſeinem Namen von dem andern, z. E. *Sempronia*, *Cincia*, *Cornelia* u. ſ. w. Gleichwie es aber zu geſchehen pfleget, daß ſich ein Geſchlecht in viele Familien zertheilet: alſo waren auch zu Rom viele Familien eines Geſchlechtes, welche ſich durch die Namen unterſchieden, wovon FESTVS p. 292. ſaget: *Gens adpellatur, quæ ex multis familiis conficitur.* Alſo waren ex gente *Cornelia* die Familien der *Scipionum*, *Cinnarum*, *Lentulorum*, *Coſſorum* und *Sullarum.* Weil es hernach auch geſchahe, daß dieſe Familien ſich wieder in neue Stämme theileten: ſo pflegten ſich dieſelben per agnomina zu unterſcheiden. Z. E. Das Geſchlecht der Virginier in Rom hatte ſich in viele Familien getheilet, und daher kamen die cognomina der *Tricoſtorum*, *Rufforum.* Die *Tricoſti* theilten ſich wieder in unterſchiedene Stämme, und daher kamen die agnomina der *Rutilorum* und *Calimontanorum.* Und hierin iſt der Grund zu ſuchen, warum die Römer ſo viele Namen geführet haben. S. CAROLVM SIGONIVM *de Nominibus Romanorum* p. 1403. 1427. Daraus erhellet nun leicht, welche man agnatos, und welche man gentiles genennet hat. Agnati heiſſen, quicunque ex eadem ſtirpe familiaque prodierant. Z. E. P. *Cornelii Scipionis* Agnaten, waren alle *Scipiones*; welche aber ex gente *Cornelia* herkamen, z. E. die *Lentuli*, *Dolabellæ* und *Cinnæ* waren *Scipionis* gentiles. Daher ſchreibet FESTVS p. 292. *Gentilis dicitur, & ex eodem genere ortus, & is, qui ſimili nomine adpellatur, ut ait Cincius: Gentiles mihi ſunt, qui meo nomine adpellantur.* Und CICERO *in Topic* c. 6. drücket ſich alſo aus: *Gentiles ſunt, qui inter ſe eiusdem nominis ſunt, qui ab ingenuis oriundi ſunt, quorum maiorum nemo ſervitutem ſervivit, qui capite non ſunt deminuti.* Und daraus erhellet, daß gentiles alle diejenigen geheiſſen, welche einerlei Namen geführet. Damit wir nun aber wieder zu der Sache ſelbſt kommen, ſo wird erinnerlich ſeyn, daß oben geſaget worden iſt, daß nur allein die agnati und gentiles zu der tutela legitima gelaſſen worden ſind. §. 1. *Inſt. h. t.* und iſt die Urſache dieſe geweſen, weil ſie emolumentum ſucceſſionis zu gewarten gehabt. 2)

Wenn viele Agnaten da waren: so schlossen die nächsten die entferntesten aus, weil sich eben dieses bei den Erbschaften also verhielte. Z. E. *Titius* ein Pupill hat einen Vaters-Bruder, Vater-Bruders-Sohn und Groß-Vaters-Bruder, welche sich um die Vormundschaft streiten, quær. wer ist Vormund? Resp. Des Vaters Bruder, welcher der nächste Agnat ist, und also die übrigen alle ausschliesset. 3) Wenn viele Anverwandten im gleichen Grad vorhanden sind, so werden sie alle zugleich zur Vormundschaft gelassen. Z. E. Wenn einer vier Vaters Brüder hat, so müssen dieselben alle die Vormundschaft bekommen, und zwar aus der Ursache, weil sie alle zugleich Erben sind, und kein näherer da ist, welcher dieselben davon ausschliesset. Und so verhielt es sich nach dem alten Rechte. Das neue unterscheidet sich von dem alten in zwei Stücken. Denn a) ist heut zu Tage der Unterschied inter agnatos & cognatos aufgehoben. Denn da der Keiser *Iustinianus* in *Nov.* 118. c. 4. die agnatos & cognatos einander gleich gemachet hat bei der Erbschaft: so haben sie nunmehro auch gleiches Recht bei der tutela legitima, nach der Regel: ubi successionis est emolumentum, ibi & onus tutelæ esse debet. (§. 212.) Jedoch ist diese Regel an denjenigen Orten nicht angenommen, wo Sachsen-Recht gilt; denn da schliessen die agnati die cognatos aus, welches auch im Lehen also gehalten wird. Hingegen sind viele agnati in gleichen Grad vorhanden: so wird der älteste Schwerdmage den andern vorgezogen. Es ist auch b) das neue Recht von den alten darin unterschieden, daß da das alte Recht keine Frauens-Personen zur Vormundschaft kommen ließ, das neue nach der *Novella* 118. c. 5. die Mutter und Groß-Mutter zu Vormünderinnen bestellen lässet, und wird die Mutter allen andern Agnaten, auch so gar den mütterlichen Groß-Vater vorgezogen. Dieses aber hat der alte STRVV in *Iurisprudentia Rom. Germ. forensi* läugnen wollen: er hat aber eine Stelle in dem CARPZOV übel verstanden. Denn CARPZOV redet von dem Enckel, welcher in potestate avi ist, von welchen es doch eine unnütze Sache ist zu fragen, wer dessen Vormund seyn soll, da derselbe nicht sui iuris ist, und der Groß-Vater alsdenn vermöge seiner Gewalt dessen Güter verwaltet. Und wenn wir die *Nov.* 118. c. 5. genau ansehen wollen: so wird sich finden, daß die Mutter allen übrigen vorgezogen werden müsse. Denn da heißt es, *secundum hereditatis ordinem.* Wenn also die Mutter die Vormundschaft secundum hereditatis ordinem übernehmen soll, so folget daraus, daß dieselbe eben so in der Vormundschaft, als wie in der Erbschaft, den väterlichen Groß-Vater vorgezogen wird. SCHILTER *in praxi iuris Rom. in foris Germ. Exerc.* XXXVII. § 59. BRVNNEMANN *ad Auth. matri, Cod. quand. mulier tut. off. n.* 1. seqq. Doch kan die Mutter nicht gezwungen werden, die Vormundschaft zu übernehmen, ob sie gleich der Vater

ter im Teſtament zur Vormündern verordnet hat: weswegen dieſe Vormundſchaft tutela permiſſiva genennet wird. CARPZOV *lib. V. reſp.* 80. *n.* 7. Es heißt aber auch dieſe Vormundſchaft tutela irregularis ſeu anomala, quæ matri & aviæ defertur, non iure ſucceſſionis, ſed propter amorem naturalem & intimiorem adfectum, wie Herr STRYK *in Vſu Mod. Tit. de legit. tut.* §. 9. vorgiebet. Allein mir gefällt dieſes ſentiment nicht, weil es der *Nov.* 118. ſchnurſtracks entgegen iſt, wie wir kurtz vorher angemercket haben. Im übrigen iſt dieſe Vormundſchaft an vielen Orten durch beſondere ſtatuta confirmirt worden, wie aus den *Statutis Hamburgenſibus* P. III. *Tit. VI.* und der *Ordinatione Polit. Magdeburg.* c. XLIII. §. 2. zu erſehen iſt. Mehrere Exempel hat STRYK *l. c.* angeführet. Es iſt aber eine Bedingung dazu geſetzet, daß nemlich die Mutter alsdenn ſecundis nuptiis und dem SCto Vellejano renunciren muß. Wobei gefragt wird, ob ſolches eidlich geſchehen müſſe? Wir läugnen dieſes aus dem Grunde, weil unſere Geſätze die eidlichen Verzichten wegen der andern Ehe überhaupt verbieten, da ohnedem metus periurii vorhanden iſt. *Nov.* 94. c. 2. Es wird aber der Mutter auch nicht einmal verwehret, wenn ſie wieder heurathen will, wenn ſie nur vorher richtige Rechnung ableget, und die Vormundſchaft aufgiebet.

§. 222. In dieſem §pho wird ein anderer Unterſchied der agnatorum und cognatorum angezeiget, welcher darin beſtehet. Das ius agnationis wird durch eine iede capitis deminutionem aufgehoben: hingegen hebt die maxima und media capitis deminutio nur die iura cognationis auf. Die Urſache iſt, weil das ius agnationis nur eine Erfindung des bürgerlichen Rechts iſt: das ius cognationis aber hat ſeinen Urſprung aus dem natürlichen und Völcker-Recht. Da nun ein bürgerliches Recht durch ein anderes kan aufgehoben werden, ſolches aber bei dem Natur- und Völcker-Recht nicht angehet, weil ſolches unveränderlich iſt: ſo können auch die iura cognationis per minimam capitis deminutionem nicht aufgehoben werden. Wenn mein Bruder von *Mevio* adoptirt worden iſt: ſo höret er auf mein Agnat zu ſeyn, weil er minimam capitis deminutionem erlitten hat: hingegen höret er nicht auf mein cognatus zu ſeyn. Der Grund dieſes Rechts iſt im L. 35. D. *de Reg. Iur.* zu ſuchen, alwo es heiſſet: *nihil tam naturale eſt, quam eo genere quidque diſſolvere, quo colligatum eſt.* Da nun die iura agnationis durch das ius civile eingeführet worden: ſo können ſie durch daſſelbe auch wieder aufgehoben werden.

Tit.

Tit. XVI.

De Capitis Deminutione.

§. 223

Was capitis deminutio ſey, können wir nicht eher verſtehen, wenn wir nicht vorher das Wort caput erklären. Caput hieß bei den Römern ein Menſch, deſſen Name in die Zins-Tafeln eingetragen worden. Denn es iſt bekannt, daß *Servius Tullius* zu Rom den Cenſum eingeführet, und das Römiſche Volck in ſechs Claſſen und 193. Centurien getheilet hatte. In die ſechſte Claſſe waren die Proletarii und capite cenſi gebracht worden, welche letztern weiter nichts als ihre Namen in die Zins-Tafeln eintragen lieſſen. DIONYSIVS HALICARN. *lib. IV. Antiq. Rom.* c. 22. AVLVS GELLIVS *lib. XVI. Noct. Attic.* c. 10. Es wurden alſo die capite cenſi diejenigen genennet welche die iura libertatis & civitatis hatten, und in die Zins-Tafeln konten getragen werden: alſo hieß es von den Knechten, Fremden, Unmündigen und Frauens-Perſonen, capite deſtituuntur, weil ſie nicht mit in den cenſum kamen. Es iſt auch die Redens-Art von den Knechten bekannt, *ſervus non habet caput.* §. 4. *Inſt. h. t.* Es hieß auch bei den Römern capitalis poena nicht eben diejenige Strafe, welche den Tod mit ſich führte, ſondern quæ cenſu eximebat, und die alſo entweder die Freiheit oder das Bürgerrecht aufhob, wie BRISSONIVS *de Verb. Signif.* voce *capitalis* angemercket hat. So oft nun einer aus den Zins-Tafeln ausgeſtrichen wurde: ſo oft verlor er auch das Bürger-Recht, caput de civitate dicebatur eximi, wie es in L. 2. D. *de publ. iud.* heiſſet. Und daher wird dieſe ſtatus mutatio capitis deminutio genennet, wovon HORATIVS *lib. III. Carm. od. V. v.* 42. ein Exempel anführet. Und daher hat der grundgelehrte Herr OTTO *in Comment. ad Inſtit. h. t.* p. 113. keine Urſache gehabt, uns zu wiederlegen.

§. 224. Da wir nun dieſes geſehen haben: ſo iſt es gar leicht, die definition von der capitis deminutione zu geben. Wir ſagen, capitis deminutio eſt ſtatus prioris mutatio. *princ. Inſt. h. t.* L. 1 D. *h. t.* Wenn alſo ein freier Menſch ein Knecht, ein Bürger ein peregrinus, und ein paterfamilias ein filiusfamilias wird, ſo iſt dieſes eine capitis deminutio. Hingegen kan dieſes nicht ſtatt finden, wenn man die Sache umkehret, z. E. wenn ein Knecht ein freier Menſch, ein Fremder ein Bürger, und ein filiusfamilias ein paterfamilias wird, denn dieſes heißt keine capitis deminutio. Daher ſetzen einige noch folgende Worte zu der definition: *Eſt prioris ſtatus mutatio in deterius:* wiewol dieſer Zuſatz gantz überflüßig iſt, daher wir deſſelben gar nicht benöthiget ſind. Denn ein freier Menſch hat

einen

einen ſtatum, hingegen ein Knecht hat denſelben nicht. Ein civis hat einen ſtatum, hingegen kein peregrinus. Alſo hat auch der paterfamilias einen ſtatum, aber nicht der filiusfamilias. Wenn daher dieſe Perſonen keinen ſtatum oder caput haben: ſo können ſie auch denſelben nicht verlieren, und erleiden alſo keine capitis deminutionem. Es iſt aber auch hierbei wohl zu mercken, daß wenn hier von dem ſtatu geredet wird, ſolches nicht von dem ſtatu dignitatis, ſondern von dem ſtatu civili zu verſtehen iſt, wegen welches einer eine Perſon genennet wird. Dieſes waren die drei ſtatus, libertatis, civitatis und familiæ, welche TERENTIVS *in Eunucho Scen. VII.* wohl ausgedrücket hat:

Dico, eam eſſe liberam civem addicam meam ſororem.

§. 225. Da nun der ſtatus hominum dreierlei iſt, libertatis, civitatis & familiæ: ſo giebt es auch eine dreifache capitis deminutionem, nemlich maximam, mediam & minimam. Maxima capitis deminutio iſt, wodurch einer ſeine Freiheit verlieret, und da werden zugleich die iura civitatis und familiæ, welche von derſelben abhangen, aufgehoben. Denn indem einer ein Knecht wird: ſo muß er auch nothwendig aufhören, ein civis und paterfamilias zu ſeyn. Media capitis deminutio iſt, wenn einer zwar ſeine Freiheit behält, aber den ſtatum civitatis verlieret, und ein peregrinus wird. Minima capitis deminutio iſt, wenn einer die iura familiæ verlieret, ob er gleich ſeine Freiheit und das Bürgerrecht behält. Damit ich es kurtz ſage: Maxima capitis deminutio opponitur ſtatui libertatis; media ſtatui civitatis, & minima ſtatui familiæ. Wir wollen aber hierbei noch einige Anmerckungen machen. Denn es wird 1) die capitis deminutio maxima und media mors civilis genennet L. 209. D. *de Reg. Iur.* Daher gefragt wird: warum dieſes geſchehe? Wir antworten darauf: gleichwie einer, welcher todt iſt, weder etwas thut noch etwas leidet; alſo konten auch die Knechte und peregrini weder etwas thun, noch ein beneficium iuris civilis erhalten. Z. E. Sie konten nach den Römiſchen Rechten keine Ehe eingehen, keine teſtamenta machen, keinen Contract ſchlieſſen, und wurden alſo für todt und gar nichts gehalten. So mercken wir auch 2) an, daß bisweilen in unſern Rechten nur eine zweifache capitis deminutio, nemlich maxima und minima vorkomme, wie aus dem L. 1. §. 4 D. *de ſuis & legit.* L. 1. §. 8. D. *ad* SC. *Tertull* zu erſehen iſt. Allein es haben die alten Juriſten hierin nicht allzu richtig geredet, und haben die maximam und minimam capitis de minutionem ſub una ſpecie begriffen. Worüber man ſich nicht zu wundern, weil GERARDVS NOODT in *Probabilibus iuris lib. I.* c. 12. & *Obſerv. lib. II.* c. 21. gar gelehrt gezeiget hat, daß die alten Rechtsgelehrten bei andern dreifachen Eintheilung eben auf dieſe Art verfahren haben.

§. 226. Wir haben nunmehro geſehen, worin die dreifache capitis deminutio beſtehe: dahero ſoll ietzo unſere Abhandlung auf diejenigen Perſonen gerichtet ſeyn, welche capitis deminutionem leiden. Capitis deminutionem maximam patiuntur 1) Incenſi, das ſind diejenigen, welche ſich nicht in die Zins-Tafeln eintragen laſſen, oder ſich den Kriegs-Dienſten entzogen hatten, welche Leute *Servius Tullius* befohlen hatte zu feſſeln, und zu verkaufen. DIONYSIVS HALICARN. *lib. IV. Antiq. Rom.* p. 221. CICERO *pro A. Cæcina* c. 34. VLPIANVS *in Fragm. Tit. XI.* §. 11. Es geſchahe aber dieſes durch eine fiction, weil ſonſt niemand die Freiheit konte genommen werden, wie ſolches GERARDVS NOODT *in Probabilibus iuris lib. III.* c. 12. wohl angemercket hat. So litten auch 2) capitis deminutionem diejenigen, welche gefangen wurden. Denn da dieſelben durch die Gefangenſchaft in die Knechtſchaft geriethen, ſo verloren ſie alle iura libertatis und civitatis, ia ſo gar auch die iura agnationis. Es konten aber dieſe die verlornen Rechte durch das ius poſtliminii wieder erhalten, wenn ſie aus der Gefangenſchaft wieder befreiet wurden. CICERO *in Top.* c. 8. Denn da fingirte man, daß diejenigen, welche in der Knechtſchaft geweſen, allezeit in der Stadt geweſen wären. §. 5. *Inſt. Quib. mod. ius patr. pot. ſolv.* Poſtliminium wurde dieſes Recht genennet, nicht deswegen, weil der Gefangene aus dem feindlichen Lande ad limina imperii zurück gekehret, wie *Tribunianus ad d. §.* vorgiebet, ſondern es hat ſeinen Namen bekommen a limine, welches ein Theil des Hauſes war. Wer alſo aus der Knechtſchaft wieder zurück nach Hauſe kam, der wurde nicht per limen in das Haus eingelaſſen. Die Urſache war, weil, wenn man Nachricht erhalten, daß einer geſtorben, es für ein böſes Zeichen gehalten wurde, wenn ein ſolcher gantz unvermuthet in das Haus wieder eintrat, daher derſelbe durch das Dach einſteigen muſte, wie PLVTARCHVS *in Quæſt. Rom.* c. 5. bezeuget. S. MENAGII *Amœnitates iuris civilis* c. 39. Weil nun einer durch das ius poſtliminii alle verlorne Rechte wieder bekam, ſo nennet deswegen CICERO *in Orat. poſt. redit.* c. 11. und *lib. VI. ad Attic. ep.* 6. den Tag ſeiner Wiederkunft nach Rom, *natalem* und παλιγγενεσίαν, und *Cotta* bei SALLVSTIO *in Fragm.* p. 500. nennet ſich deshalb *bisgenitum.* So litten auch 3) capitis deminutionem ſervi poenæ. Denn wenn bei den Römern einer zum Tode verdammt wurde, z. E. zum Feuer, oder in die Bergwercke, oder daß er mit den wilden Thieren kämpfen ſolte, ſo verlor er alle Rechte. Dieſes läſſet ſich gar fein aus TERTVLLIANI *Apologetico* c. 27. erklären, alwo es heiſſet: *Vice rebellantium ergaſtulorum, ſeu carcerum vel ergaſtulorum, vel metallorum, vel hoc genus* poenalis ſeruitutis *erumpunt adverſus nos.* Und PLINIVS *Epiſt. X,* 40. ſchreibet davon: *Nicomediæ & Niceæ quosdam, qui vel in opus damnati, vel in ludum ſimilitaque his genera pœnarum* publicorum ſervorum

officio

officio ministerioque functos. Daß dieses aber gleichfalls per fictionem geschehen sey, hat NOODT *in Probabil iur. lib. III.* c. 12. am besten gewiesen, weil kein Römischer Bürger mit einem supplicio capitali konte beleget werden. Wenn also eine Obrigkeit einen Römischen Bürger auf diese Art strafen wolte: so rufte derselbe: *Civis Romanus sum!* da muste man gleich nachlassen. Auf diese Art befreiete sich der Apostel Paulus *Actor.* XXII, 24. CICERO *Orat. in Verr.* c. 7. EVSEBIVS *lib. V. Hist. Eccles.* c. 1. und unsere *Antiquitates in Append.* §. 28. Wer dahero ein Verbrechen begangen hatte, worauf die Todes-Strafe gesetzet war, der wurde vor keinen Römischen Bürger mehr gehalten, sondern man nennete ihn einen servum poenæ, damit er das Leben nicht als ein Römischer Bürger, sondern als ein Knecht verlieren möchte L. 29. D. *de pœnis.* L. 6. §. 6. D. *de iniusto. rupto, irrito facto testam.* Jedoch konte auch ein solcher die verlornen Rechte wieder erhalten, wenn er durch die Keiserliche Gnade wieder im vorigen Stand gesetzet wurde. PAVLLVS *lib. IV. Recept. Sent. Tit. VIII.* §. 24. Endlich ist der Keiser *Iustinianus* gekommen, und hat diese servitutem poenæ zum Besten der Anverwandten in der *Nov.* 22. c. 8. gantz und gar aufgehoben. Nach dem alten Recht verloren 4) auch die liberti ingrati ihre Freiheit und alle Rechte, die sie hatten, weil der Keiser *Claudius* befohlen, daß wenn sie sich gegen ihre Patrons undanckbar bezeigeten, sie wieder in die Knechtschaft kommen solten. Es litten auch 5) capitis deminutionem diejenigen welche zwantzig Jahr alt waren, und sich, um einen Profit zu schneiden, hatten verkaufen lassen, wovon aber oben (*Tit. III.*) gehandelt worden. So ging es auch 5) den freien Frauens-Personen, welche sich mit den Knechten gemein machten, daß dieselben dadurch ihre Freiheit verloren. TERTVLLIANVS *ad uxor. lib. II.* c. 8. Daß dergleichen Creaturen in Rom gewesen, bezeuget PETRONIVS *in Satyr. p. m.* 127. *Quædam feminæ sordibus calent, nec libidinem concitant, nisi aut servos viderint, aut statores altius cinctos. Harena aliquas accendit, aut perfusus pulvere mulio, aut histrio scenæ ostentatione traductus. Ex hac nota domina est mea.* Dieses hat der Keiser *Claudius* eingeführet, wie aus TACITI *lib. XII. Annal.* c. 53. erhellet, welches der Keiser *Vespasianus* durch ein besonders Senatusconsultum bestättiget hat. SVETONIVS *in Vespasiano* c. 11. dagegen der Keiser *Iustinianus* dasselbe in L. *un. Cod. de SCto Claudiano* wieder aufgehoben hat. CVIACIVS *lib. XXI. Observ.* c. 16.

§. 227. Mediam capitis deminutionem, wodurch die iura civitatis aufgehoben wurden, erlitten diejenigen 1) quibus aqua & igni interdictum. Die Römer hatten hierbei ein besonderes principium, daß nemlich niemanden wider seinen Willen das Bürgerrecht könte genommen werden. CICERO *pro Domo* c. 72. schreibet davon: *Hoc iuris a maioribus proditum est, ut nemo*

civis Romanus aut libertatem aut civitatem possit amittere, nisi ipse auctor factus sit, Es verlor aber einer sogleich das Bürgerrecht, sobald er in einer andern Stadt ein Bürger wurde, weil man nicht zugab, daß einer in zwo Städten zugleich Bürger seyn konte. CICERO *pro Domo* c. 81. SPANHEMIVS *in Orbe Romano* p. 11. Daher berichtet CORNELIVS NEPOS *in Attico* c. 3. daß *Atticus* das Athenienſiſche Bürgerrecht nicht habe annehmen wollen, um das Römiſche Bürgerrecht nicht zu verlieren. Wenn nun aber die Römer einen gerne aus der Stadt treiben wolten, ſo geſchahe dieſes nicht durch eine offenbare Gewalt, ſondern ſie unterſagten ihm den Gebrauch des Waſſers und Feuers. Wem nun dieſe Stücken fehleten, der muſte, er wolte, oder wolte nicht, die Stadt meiden. Denn weil alsdenn niemand aufgenommen wurde: ſo ſahe er ſich genöthiget, einen andern Ort zu ſeinem Aufenthalt zu erwählen, wodurch er denn das Bürgerrecht verlor. Und daher ſagt CICERO *l. c.* c. 30. *Qui erant rerum capitalium condemnati, non prius hanc civitatem amittebant, quam erant in eam recepti, quo vertendi, hoc eſt, mutandi ſoli cauſſa venerant. Id autem ut eſſet faciundum, non ademtione civitatis, ſed tecti & aquæ & ignis interdictione faciebant.* Wenn wir hier richtig reden wollen: ſo wurde einem das Bürgerrecht nicht per aquæ & ignis interdictionem genommen, wie PAVLVS L. 2. D. *de publ. iudic.* redet, ſondern, weil er ſich in eine andere Stadt begeben hatte. BARNABAS BRISSONIVS *Antiquit. Select. lib. III.* c. 5 p. 48. Daher ſaget CICERO *c. l.* daß er per aquæ & ignis interdictionem die iura civitatis nicht verloren habe, weil er ſich zu keinem andern Volck gefüget, ſondern ſich bei guten Freunden aufgehalten. So litten auch 2) capitis deminutionem mediam die exſules, welche jenen gleich gehalten wurden: worüber man dergeſtalt hielte, daß man einem ſolchen nicht einmal erlaubete, in toga einherzugehen. SVETONIVS *in Claudio* c. 15. PLINIVS *lib. IV. Ep. XI.* Man machte aber zu Rom einen groſſen Unterſchied inter exſilium & relegationem. Jenes benahm einem die iura civitatis: durch dieſe aber wurden ſelbige nicht aufgehoben. Daher ſich OVIDIVS *lib. II. Triſt.* damit folgendermaſſen tröſtet:

Quippe relegatus, non exſul dicor in illo,
Parcaque fortunæ ſunt tibi verba meæ.

Und *lib. V.* v. 2. ſeqq.

Nec vitam, nec opes, ius nec mihi civis ademit,
Nil niſi me patriis iuſſit abeſſe focis.
Ipſe relegati non exſulis utitur in me
Nomine.

3) Lit-

3) Litten capitis deminutionem mediam die Ueberläufer, und welche für Feinde erkläret waren, auf eben die Art, wie heut zu Tage, wenn einer in des Heil. Röm. Reichs Acht und Ober-Acht erkläret wird. So litten auch 4) capitis deminutionem mediam die deportati in insulam. Einige glauben, daß die deportatio an statt der aquæ & ignis interdictionis aufgenommen. L. 2. §. 1. D. *de pœnis.* L. 3. D. *ad* L. *Iul. Pecul.* Denn die aquæ & ignis interdictio ist geblieben, ob man gleich die deportationem ausgedacht hat. Der gelehrte OISELIVS *ad* CAII *Instit.* p. 47. macht *Iulium Cæsarem* zum Urheber dieser Strafe, welches er aus den Worten *Cæsaris* bei SVETONIO *in Iulio Cæsare* c. 66. schliessen will, alwo *Cæsar* saget: *Definant quidam quærere ultra, aut opinari, mihique, qui compertum habeo, credant; aut quidem vetustissima navi impositos, quocunque vento, in quascunque terras iubebo auehi.* Allein die Strafe, womit *Cæsar* die Soldaten bedrohet, war keine deportatio, sondern eine ausserordentliche Strafe: denn er saget ja nicht, daß er sie nach einer gewissen Insel wolle bringen lassen. Gewisser ist, daß der Keiser *Augustus* diese Strafe eingeführet hat. Denn seine Gemahlin, die *Livia*, hatte ihm vorgestellet, daß es nicht gut seyn würde, wenn so viele Exulanten hie und da zerstreuet herum liegen solten, welche ihm leicht würden Unruhe erregen können. Denn so schreibet davon DIO CASSIVS *lib.* LV. p. 562. *Quid enim mali fecerit is, qui in insulam conclusus, aut in agro vel in urbe aliqua non modo sine copia servorum, & pecuniarum, sed etiam sub custodia, si hoc res exigeret, haberetur.* Und seit dieser Zeit ist die deportatio in insulam aufgekommen, welche der Keiser *Augustus* durch eine Verordnung bestättiget hat bei DIONE CASSIO *lib.* LVI. p. 587. Daher findet man, daß nach dieser Zeit diese deportatio in insulam sehr gewöhnlich gewesen, wie die Exempel bei TACITO *lib III. Annal.* c. 68. *lib IV.* c. 13. 21. *lib. VI.* c. 30. ausweisen. Es geschahe aber diese deportatio also, daß die Verbrecher gefesselt zu Schiffe gebracht, und den servis publicis übergeben wurden, die sie deportiren musten. OISELIVS *ad* CAII *Inst. lib. I. Tit VI.* §. 1. p. 47.

§. 228. Endlich litten minimam capitis deminutionem 1) diejenigen, welche sich adrogiren liessen, weil sie aus patribus familias filii familias wurden. Eben so gieng es auch 2) den Kindern derjenigen, die sich hatten adrogiren lassen, weil sie ihren Vätern folgeten, und unter eine andere Gewalt kamen, wodurch sie ihre Familie veränderten. Nicht besser erging es 3) den emancipatis. Wir müssen aber hier einem Zweifel begegnen, welchen iemand machen möchte. Die liberi emancipati werden aus filiis familias, patres familias, und also wird ihr status nicht in deterius mutirt, sondern wird vielmehr verbessert, und derohalben kan wohl hier keine capitis deminutio statt finden. Wer uns diesen Einwurf macht, dem begegnen wir also. Diese capitis de-

minutio hatte eine gar besondere Eigenschaft, nemlich, weil die emancipatio ehemals nicht geschehen konte, als durch einen dreifachen Scheinkauf, wodurch einer ein Knecht wurde. Und daher wurde von den emancipatis gesaget, daß sie capitis deminutionem erlitten, weil sie durch den dreifachen Scheinkauf in die Knechtschaft gebracht wurden. L. 3. § 11. D. *h. t.* (§. 195.) Es fällt aber dieses heut zu Tage hinweg, weil der dreifache Scheinkauf ausser Gewohnheit gekommen, nachdem die emancipatio *Anastasiana* und *Justinianea* eingeführet worden ist, wovon wir oben (§. 196. seqq.) gehandelt haben.

§. 229. Es ist noch übrig, daß wir mit wenigen betrachten, was dieser Titel heut zu Tage vor einem Gebrauch habe? Wir mercken dabei an, 1) daß die maxima capitis deminutio, wie alle Rechtsgelehrten einmüthig gestehen, heut zu Tage gar nicht mehr im Gebrauch sey. Denn weil wir heut zu Tage keine servitutem mehr haben, welche mit der Knechtschaft in eine Classe gesetzet werden kan: so kan auch niemand mehr in dergleichen Knechtschaft gerathen, und also fällt auch die capitis deminutio maxima völlig hinweg. Ist es 2) mit der capitis deminutione media eben so beschaffen, weil das ius civitatis Romanæ hinwegfällt, gleichwol vergleicht man heut zu Tage die Reichs-Acht und Ober-Acht, den Staupbesen, die ewige Landes-Verweisung, und die Verdammung auf die Galleren mit der media capitis deminutione. Wahr ist es, daß sich hier einigermassen eine Gleichheit findet, allein es ist doch nicht eben dasselbe. Wenn also diese angeführten Strafen der capitis deminutioni ähnlich sehen: so sind dieselben deswegen noch lange keine capitis deminutiones. Ja es ist die Reichs-Acht und Ober-Acht noch viel ärger, als wenn einer bei den Römern capitis deminutionem litte, weil ein solcher Vogelfrei gemachet wird. Wenn einer den Staupbesen und die ewige Landesverweisung bekommt, so ist dieses nicht so arg, als wenn einer bei den Römern capitis deminutionem mediam litte, denn ein solcher fustigatus verlieret seine Güter nicht, ist auch kein exsul, sondern nur relegatus, welches auch von denjenigen zu sagen ist, welcher auf die Galeren geschmiedet wird. HERALDVS *lib. II. rer. iud.* c. 7. 8. Ist 3) die capitis deminutio minima heutiges Tages gar nicht mehr im Gebrauch. Denn die emancipationes und adrogationes der Römer fallen hinweg. Und hat also diese Materie de capitis deminutione heut zu Tage gar keinen Vlumpracticum mehr.

Tit.

Tit. XVII.

De Legitima Patronorum Tutela.

§. 230.

Wir ſtehen noch bei der tutela legitima, von welcher wir geſagt haben, daß ſie viererlei ſey, nemlich agnatorum, patronorum, parentum & fiduciaria. Von der tutela agnatorum, und der capitis deminutione, durch welche dieſe Tutel kan aufgehoben werden, haben wir bisher gehandelt: ietzo folget nun die andere Art der tutelæ legitimæ, nemlich patronorum. Weil nun patronus derjenige genennet wird, welcher einen Knecht manumittirt hat: ſo wird durch die tutela patronorum diejenige Vormundſchaft verſtanden, welche der Patron oder deſſen Kinder über den Unmündigen-Freigelaſſenen und deſſelben Kinder führen.

§. 231. und 232. Der Grund dieſer Vormundſchaft iſt eben derjenige, welchen wir oben bei der legitima agnatorum tutela angeführet haben: ubicunque eſt ſucceſſionis emolumentum, ibi & tutelæ onus eſſe debet. Wenn nun der libertus ohne Kinder verſtarb: ſo erbeten ihn der Patron und deſſen Erben, weil der Patron wegen der ihm ertheilten Wohlthat gleichſam des liberti Vater und nächſter Verwandter war. S. VINNIVM *ad Inſtit. tit. de ſucceſſ. libert.* Und dahero konten auch die patroni tutores legitimi ſeyn. Die Rechtsgelehrten ſagen, daß dieſe Vormundſchaft aus den LL. XII. *Tabb.* herkomme, und doch ſtehet in denſelben davon kein eintziges Wort. Daher wird gefragt: wie dieſes zu verſtehen ſey? Der Keiſer IVSTINIANVS macht in §. *un. Inſt. h. t.* einen Unterſchied inter ſententiam & verba. Was die Worte betrift: ſo ſtunde freilich in LL. XII. *Tabb.* von dieſer legitima patronorum tutela kein eintziges Wort: allein quoad ſententiam iſt zu beobachten, daß dieſelbe darin allerdings enthalten ſey. Denn in den LL. XII. *Tabb.* ſtunde: *Si libertus inteſtato moritur, cui ſuus heres nec eſcit, aſt patronus patronive liberi eſcint, ex ea familia in eam familiam proxtmo pecunia duitor.* IACOBVS GOTHOFREDVS *ad* LL. XII. *Tabb. VI.* 2. Denn da hieß es nach unſern bekannten principio, ubi eſt ſucceſſionis emolumentum, ibi & tutelæ onus eſſe debet. Und daher ſaget VLPIANVS *in Fragm. Tit. XI.* §. 3. dieſe tutela wäre per conſequentiam ex LL. XII. *Tabb.* introducta. Hierbei wird gefragt, wie man die Lehre, die in dieſen Titel vorgetragen worden, heut zu Tage noch gebrauchen kan? Wir müſſen dieſelbe nothwendig verneinen, weil wir heut zu Tage keine libertos mehr haben, welchen die Herren, die ſie frei-

freigelaſſen, erben könten: daher denn ein ieder ſiehet, daß dieſer Titel keinen uſumpracticum mehr habe. Denn bei uns, wo die Edelleute die Erb-Gerichte haben, ſetzen dieſelben den unmündigen Bauern Kindern, vermöge ihrer Gerichtsbarkeit, Vormünder, ſie pflegen aber ſelbſt die Vormundſchaften nicht zu übernehmen. Ja der unmündigen Bauern ihre tutores legitimi ſind ihre Anverwandten, nicht aber der Herr.

Tit. XVIII.

De Legitima Parentum Tutela.

§. 233.

Legitima parentum tutela iſt die dritte Art der tutelæ legitimæ, welche der Vater über ſeine emancipirte unmündige Kinder verwaltet. L. 3. §. *ult.* D. *de legit. tut.* Hier möchte iemand fragen: Warum ſprichſt du nicht vielmehr, der Vater iſt tutor legitimus aller ſeiner Kinder? Ich antworte, weil wir in unſern Rechten ein principium haben, patrem habenti tutor non datur. L. 239. *princ.* D. *de Verb. Signif.* Ja, da auch die Kinder, welche noch unter der väterlichen Gewalt ſtehen, gar keine Vormünder haben können, da ſie keine capita libera ſeyn; ſo ſagen wir mit Recht, daß dieſe Art der Vormundſchaft nur bei den emancipirten Kindern im Gebrauch ſey. Denn dieſe ſind frei von der väterlichen Gewalt, ſie ſind capita libera, und konten und muſten unter der Vormundſchaft des Vaters ſtehen. (§. 203.)

§. 235. und 235. Der Grund dieſer Vormundſchaft iſt in dem Patronat-Rechte zu ſuchen. Wir haben oben (§. 195.) geſagt, daß die emancipatio durch einen dreifachen Scheinkauf und eben ſo viel Freilaſſungen verrichtet worden. Die letzte Freilaſſung geſchahe alsdenn mehrentheils ab ipſo patre emancipante; denn wenn der Vater bei der emancipation das pactum fiduciæ hinzugeſetzet hatte, daß er zu dem Käufer geſaget: ego vero hunc filium meum tibi mancupo, ea conditione, ut mihi remancupes, ut inter bonos bene agier oportet, ne propter re tuamque fidem frauder: ſo remancipirte der Käufer den Sohn dem Vater, worauf der Vater den Sohn per vindictam manumittirte. Dadurch wurde nun der Sohn ſein libertus, der Vater ſein patronus. Nun aber erbet der patronus den Freigelaſſenen ab inteſtato, daher auch der Vater den emancipirten Sohn ab inteſtato erben muß. Wer nun aber einer emolumentum ſucceſſionis hat, der muß auch das

das onus tutelæ auf sich nehmen (§. 219.) daher auch der Vater die Vormundschaft über den emancipatum führen muste. So raisonnirten die alten Rechtsgelehrten, wodurch dann die tutela legitima parentum ist eingeführet worden.

§. 236. In diesen Spho wird gefragt, ob diese legitima parentum tutela heut zu Tage bei uns noch im Gebrauch sey? Es siehet ein ieder leicht, daß diese Frage muß verneinet werden. Denn 1) pfleget heut zu Tage niemand leicht seine unmündigen Kinder zu emancipiren, sondern es ist bekannt, daß die Kinder, wenn sie sich selbst gouverniren können, aus der väterlichen Gewalt gelassen werden. So fällt auch 2) die emancipatio per imaginariam venditionem gäntzlich hinweg, daher sind auch die manumissiones nicht mehr angenommen. Wenn dahero die Kinder nicht mehr manumittiret werden: so können auch die Eltern nicht mehr patroni derselben werden, folglich fällt auch die tutela parentum legitima hinweg. Wir haben zwar in Teutschland die Gewohnheit, daß die Väter ratione bonorum adventitiorum maternorum der Kinder Vormünder seyn: allein diese Vormundschaft ist von einer gantz andern Eigenschaft, als die legitima parentum tutela bei den Römern. Denn α) unter dieser Vormundschaft stehen nicht allein die emancipirten Kinder, sondern auch diejenigen, welche noch unter der väterlichen Gewalt sind. β) Ist diese Vormundschaft nicht aus den Römischen, sonder aus den Teutschen Rechten herzuholen. THOMASIVS *Not. ad Inst. Lib. I. Tit. XVII.* seq. p. 89. seqq. γ) Ist diese tutela auch usufructuaria. Denn der Vater hat als tutor legitimus in Teutschland den usumfructum von allen Gütern, welche seine Kinder haben, welches nach den Römischen Rechten etwas unerhörtes ist. So oft also ein Kind bona adventitia hat, so oft verwaltet auch der Vater dieselben, als tutor legitimus. Wenn dahero der Vater im Namen seines Sohnes etwas vor Gerichte zu handeln hat: so pfleget er sich also zu melden: Es erscheinet *Titius* in natürlicher Vormundschaft seines Sohnes. Hingegen, wenn es bona profectitia betrift: so heisset es: Es erscheinet *Titius* in väterlicher Gewalt seines Kindes,

Tit. XIX.

De Fiduciaria Tutela.

§. 237. und 238.

Die vierte Art der Vormundschaft ist die tutela fiduciaria, §. *un. Inst. h. t.* L. 4. D. *de leg. tut.* Diese Vormundschaft hat ihren Namen erhal-

ten a fidúcia, quæ erat pactum vel contractus, quo quis alteri rem tradebat, ea lege, ut sibi illa redderetur, bei welcher Handlung man die Formel gebrauchte: ut inter bonos bene agier oportet, ne propter te fidemque tuam frauder. CICERO *de officiis lib. III.* c. 13. IACOBVS GOTHOFREDVS *in Comment. ad Cod. Theodos. T. I.* p. 254. Eben dieser contractus fiduciæ wurde geschlossen bei der emancipation der Kinder indem der Vater den Sohn dreimal und den Enckel einmal verkaufte: bei dem dritten Verkauf aber sich bedunge, daß der Käufer diesen Sohn entweder wieder gebe, oder wieder verkaufen solte. Wenn dieses geschehen war, so manumittirte der Vater den Sohn, und wurde dadurch des emancipirten Sohns Patron. Und daher wird derselbe bisweilen auch fiduciarius tutor genennet VLPIANVS *in Fragm. Tit. XI.* §. 5. CAIVS *Instit. lib. I. Tit. VI.* §. 3. iuncta L. 8. §. 1. D. *de iniusto, rupto, irrito testamento.* L. 2. §. 15. D. *ad SCtum. Tertull.* Weil nun in den LL. XII. Tabb. verordnet war, daß der Patron, und wenn derselbe gestorben, dessen Sohn dem liberto ab intestato succediren solte: so war nicht nur der Vater der Vormund seines emancipirten Sohnes, sondern wenn er auch verstorben war, und einen Sohn, der seine vollen Jahre hatte, hinterlassen hatte, so konte derselben ebenfalls die Vormundschaft seines unmündigen Bruders übernehmen. Da wir dieses zum Voraus gesetzet haben: so können wir nun leicht die definition von der tutela fiduciaria verstehen. Wir nennen dieselbe tutelam, quæ post mortem patris emancipatoris liberis eius masculis perfectæ ætatis defertur in emancipatum impuberem. Allein, es ist heut zu Tage diese Art der Vormundschaft gantz und gar ausser Gebrauch, und zwar aus eben den Ursachen, welche wir oben (§. 236.) angeführet haben. In Vorbeigehen muß ich hier nochmals erinnern daß VLPIANVS *l. c.* die legitimam parentum tutelam, wovon (*Tit. XVIII.*) geredet worden, fiduciariam nenne. Woraus erhellet, daß *Iustinianus* den Namen, welchen sonst die dritte Art der Vormundschaft gehabt, der vierten Art beigeleget habe. Ob dieses aus Irthum oder Unwissenheit des *Tribuniani* geschehen ist, wie einige wollen, welche den armen *Tribunianum* gerne pflegen herum zu holen: oder, ob solches geschehen ist, weil dieses Wort sich geschickter auf die vierte Art der Vormundschaft reimet, darum lassen wir uns unbekümmert, da wir ohnedem es mit denjenigen nicht halten, welche weiter nichts thun, als den unschuldigen *Tribunianum* zu tadeln.

Tit.

Tit. XX.

De Atiliano Tutore, & Eo, Qui Ex Lege Iulia & Titia Dabatur.

§. 239.

Bishero iſt von der tutela teſtamentaria gehandelt worden: nunmehro iſt noch übrig die dritte ſpecies tutelæ, nemlich dativa, welche alſo genennet wird, weil, wenn weder ein Vormund im Teſtament noch von dem Geſätz verordnet worden, der Vormund von der Obrigkeit beſtellet wird. Wir haben dieſe tutelam dativam alſo beſchrieben: Eſt actus legitimus, quo deficientibus teſtamentariis & legitimis tutores a magiſtratu ex lege dantur *pr. Inſt. h. t.* Daß dieſe tutela dativa ein actus legitimus ſey, beweiſen wir ex L. 77. *de Reg. Iur.* alwo die tutoris datio ausdrücklich unter die actus legitimos gezehlet wird.

§. 240. Was nun der Inhalt dieſer definition ſey, ſolches kan man aus folgenden drei axiomatibus erkennen: 1) Tutor hic ex lege a magiſtratu datur, nemlich ex lege *Atilia* und ex lege *Iulia & Titia*. Denn bei den Römern gehörte die Beſtellung der Vormünder nicht zu dem Amt der ordentlichen Obrigkeit, ſondern dieſe Gewalt war nur gewiſſen magiſtratibus durch ein beſonderes Geſätz aufgetragen worden, auſſer welchen ſonſt niemand Vormünder ſetzen konte, z. E. ein Burgemeiſter und ein Dictator waren magiſtratus, ſie konten aber deswegen keine Vormünder beſtellen, ſondern es muſte ſolches der Prætor cum maiori parte tribunorum plebis thun, weil dieſen allein ſolche Gewalt per legem Atiliam war aufgetragen worden. Und deswegen wird die tutoris datio in L. 7. D. *de officio procoſſ.* ein actus extraordinariæ iuriſdictionis genennet, wovon an ſeinem Ort (§. 1324.) ein mehrers ſoll geredet werden. 2) Tutor datur in ſubſidium a magiſtratu, deficientibus legitimis & teſtamentariis tutoribus. Denn gleichwie die legitima tutela nicht eher Platz ergreifen kan, als bis keine teſtamentaria tutela verhanden iſt: alſo kan auch die dativa tutela nicht ſtatt finden, ſo lange die teſtamentaria und legitima vorhanden iſt, und dahero nennen wir dieſe tutelam ſubſidiariam. 3) Tutoris datio eſt actus legitimus, wovon wir kurtz vorher (§. 239) angemercket haben, daß dieſelbe in L. 77. D. *de Reg. Iur.* ausdrücklich ſo genennet wird. Was actus legitimus ſey, iſt oben (§. 70.) erkläret worden, nemlich, qui ſolemniter erat explicandus, & nec procuratorem, nec diem, nec conditionem admittebat.

§. 241. Dieſes waren die axiomata, welche wir aus der definition gezogen haben, und dieſe ſollen nun ordentlich erkläret werden. Das erſte axioma war: Tutor hic ex lege a magiſtratu datur: woraus folget, daß ein gewiſſes Geſätz muß da geweſen ſeyn, worin dieſes feſt geſetzet worden. Und deren haben wir zwei: *Atilia* und *Iulia & Titia*. Das erſte Geſätz wird *Atilia*, nicht *Attilia* von LIVIO, TACITO und CICERONE, wie auch in den Inſchriften und Müntzen, genennet. PVLVIVS VRSINVS *de Famil. Romanorum ex numism.* p. 42. ſeqq. edit. PATINI. Zu welcher Zeit dieſes Geſätz gegeben worden, davon findet ſich keine Nachricht: doch ſo viel iſt gewiß, und man kan es auch aus LIVIO *lib. XXXIX.* c. 9. beweiſen, daß es vor dem Jahr von Erbauung der Stadt Rom 557. gegeben worden. SIGONIVS *de antiquo iure civ. Rom lib. I.* c. 13. und GRAVINA *lib. III. Orig. iur. civ.* §. 33. Wir müſſen uns dahero mit einer Muthmaſſung behelfen. Weil nun *Atilius Longus* A. V. C. 309. L. *Atilius* A. V. C. 354. Tribuni plebis geweſen ſind, ſo möchte es das Anſehen gewinnen, daß vielleicht einer von dieſen beiden obiges Geſätz gegeben habe. Allein man kan dieſes nicht ſagen, weil damals noch kein Prætor verordnet geweſen. Daher iſt STEPHANVS VINANDVS PIGHIVS *in Annalibus ad an.* 460. auf M. *Atilium Regulum* gefallen und meinet, daß dieſer als Prætor ſolches Geſätz gegeben habe: es iſt aber auch dieſes gantz ungewiß. Wahrſcheinlicher iſt es, daß dieſer Lex Atilia von L. *Atilio Regulo*, welcher A. V. C. 443. Tribunus plebis geweſen, und deſſen LIVIVS *lib. IX.* c. 30. gedencket, herkomme. In dieſem Geſätz war verordnet, daß den Unmündigen und Frauens Perſonen, welche weder einen tutorem teſtamentarium oder legitimum hatten, ein Vormund ſolte von dem Prætore & maiore parte Tribunorum plebis geſetzet werden. Und dieſes war deswegen verordnet, weil die Tribuni mit dem Prætore die Edicta verfertigten, oder doch von ihm zu Rathe gezogen wurden. CICERO *de Offic. lib. III.* c. 20. Wir finden ein Exempel von dieſer tutela dativa bei LIVIO *lib. XXXIX.* c. 9. *ubi Ficennia Hiſpala poſt patroni mortem, quia nullius in manu eſſet, tutorem a tribunis & Prætore petiiſſe dicitur.* Dieſer Vormund wurde Atilianus oder auch Dativus genennet, von der Formel, deren ſich der Prætor bediente: *Do Te Tutorem*: wovon BRISSONIVS *de Form. Pop. Rom.* p. 408. handelt. Weil aber dieſes Geſätz nur in Rom galt, wie VLPIANVS *in Fragm. Tit. XI.* §. 18. meldet: ſo iſt viele Jahre nachhero von *Auguſto* und M. *Titio* A. V. C. 728. der lex *Iulia & Titia* gegeben worden. Die gemeinen Ausleger wiſſen davon nichts; es hat aber dieſes zuerſt entdecket HENRICVS VALESIVS *ad Excerpta Peireſciana* p. 61. und LIPSIVS *ad* TACITI *Annales lib. III.* c. 25. Denn da ſchon lange in Sicilien die Gewohnheit geweſen war, daß daſelbſt die Prætores Vormünder beſtellet hatten: DIODORVS SICVLVS *in Excerptis Peireſcianis* p. 397. So iſt es

nach-

nachhero geschehen, daß diese Sicilianische Gewohnheit auf alle andere Provinzen gezogen worden, da man den Præsidibus anbefohlen, Vormünder zu setzen. Es hat sich dahero THEOPHILVS *in Paraphrasi Instit. h. t.* sehr geirret, daß er aus diesem Gesätz zwo leges gemacht, da doch nur ein eintziger gewesen. Im übrigen sind diese Gesätze von einander sehr unterschieden. Denn 1) handelt der erste von den Vormündern, welche in der Stadt Rom sollen bestellet werden; der letztere aber von denjenigen, welche in den Provinzen zu setzen sind. 2) Der erste will haben, daß der Prætor mit den grösten Theil der Zunft-Meister Vormünder setzen soll; der letzte befiehlt solches den Statthaltern in den Provinzen. *princ. Inst. h. t.* 3) In dem ersten werden die Vormünder, welche der Prætor in der Stadt gesetzet hat, *Atiliani* tutores genennet; nach dem letzten aber heissen die in der Provinz *Iuliani Titiani*, wie aus der Aufschrift dieses Titels deutlich erhellet. Auser diesen benannten obrigkeitlichen Personen durfte sonst in Rom kein magistratus bis auf die Zeiten *Augusti* Vormünder bestellen: aber dessen Nachfolger haben hierin durch unterschiedene Verordnungen grosse Veränderungen vorgenommen.

§. 242. Denn weil die Prætores und Tribuni hierin sehr saumselig gewesen seyn mochten: so wurde durch das SCtum *Claudianum* verordnet: *ut pupillis extraordinem tutores a consulibus darentur*, wie SVETONIVS *in Claudio* c. 23. berichtet. Daher lesen wir bei PLINIO *lib. IX. ep. 13.* daß die Burgemeister bis auf die Zeiten *Traiani* Vormünder gesetzet haben. Diese Burgemeister musten sich genau um die Aufführung und den Zustand des Vormundes erkundigen, damit nicht etwa dem Unmündigen möchte ein Schade zugezogen werden. §. 3. *Inst. h. t.* Was nun vor Fragen bei dieser inquisitione vorgefallen, solche hat CVIACIVS *in Papinian. ad L. 5. Cod. de confirm. tut.* p. 296. beigebracht. Es hat aber den folgenden Keisern auch diese Weise, Vormünder zu setzen, nicht länger mehr angestanden. Denn der Keiser *Marcus Antoninus* setzte einen besondern Prætorem, welcher von seinem Amt Prætor tutelaris oder pupillaris genennet wurde, wovon IVLIVS CAPITOLINVS *in* M. *Antonino* c. 10. redet. Dessen Amt haben die alten Rechtsgelehrten PAVLLVS und VLPIANVS in besondern Büchern beschrieben, und der erste nennet ihn *Lib.* V. *Recept. sent. Tit. XVI.* §. 2. *iudicem tutelarem.* Bei REINESIO *in Inscript.* Cl. VI. *Inscr. IV.* p. 416. wird *Anitii Auchenii Bassi Prætoris tutelaris* Meldung gethan: wovon noch andere Inschriften bei FABRETTO *in Inscript.* p. 108. und CASTALIONE *in Var. lect.* c. 20. zeugen. Beisiehe auch RAEVARDVM *in Var. lib. I.* c. 16. Kurtz hernach wurde die Gewohnheit eingeführet, daß zu Rom der Præfectus Vrbi und der Prætor, in den Provintzen aber die Præsides Vormünder bestellten, welche letztern doch einer Unter-Obrigkeit dieses auftragen kon-

ten, wenn der Pupill kein allzugroſſes Vermögen hatte. L. 4. D. *de tut. & curat.* §. 4 *Inſt. h. t.* welche letztere Stelle GERARDVS NOODT *de Iurisdict. lib. II.* c. 8. p. 162. mit dem L. 8. D. *de tut. & curat.* in eine Zuſammenſtimmung gebracht hat. Endlich iſt unſer lieber Keiſer *Iuſtinianus* gekommen, und hat verordnet, daß die defenſores civitatum mit dem Biſchof des Orts den Unmündigen, deren ihr Vermögen ſich über 500 Solidos erſtrecken würde, tutores und curatores beſtellen ſolten, welches auch von andern Magiſtrat-Perſonen oder von dem Iuridico Alexandrino geſchehen ſolte. L. 39. *Cod. de Epiſc. aud.* §. 5. *Inſt. h. t.* Was ein Solidus in den alten Zeiten gegolten, davon beſiehe CVIACII lib. XIX. *Obſerv.* c. 31. und HOTOMANNI *Antiquit. lib. IV.* welche darüber mit einander in groſſe Streitigkeiten verfallen ſind. Von den defenſoribus civitatum handelt CVIACIVS *ad Nov.* 15. und von dem Iuridico Alexandrino können unſere *Digeſta lib. I. Tit. de Offic. Iurid. Alexandr.* nachgeleſen werden. Dieſes haben wir deswegen angeführet, damit ein ieder die Geſchichte wegen Beſtellung der Vormünder erlernen möge: da ohnedem es heut zu Tage eine bejammernswürdige Sache iſt, daß junge Leute, wenn ſie die Rechte erlernen wollen, ohne die Geſchichte der Rechte, ich will ſagen, mit ungewaſchenen Händen ſich, daß ich ſo rede, zu dieſem Heiligthum hinzu nahen, woraus denn freilich in der Folge nichts gutes entſtehen kan. Sed ſero ſapiunt Phryges. Im übrigen ſind dieſes alte Dinge und haben heut zu Tage keinen Gebrauch mehr, weil iezo die Beſtellung der Vormünder zu der ordentlichen Gerichtbarkeit einer ieden Obrigkeit gehöret. Doch iſt dieſes hier in Halle etwas beſonders, daß der Stadt-Schultheiß nicht die Vormünder ſetzet, ſondern der Stadt-Rath hat dieſes Recht, welches er durch das Vormundſchafts-Amt ausüben läſſet.

§. 243. Aus dem oben angeführten erſten axiomate flieſſet, ut tutoris datio non poſſit mandari. Denn es iſt zu wiſſen, daß eine iede Obrigkeit ihre iurisdiction einen andern übertragen kan. Z. E. Wenn der Prætor wegen nothwendiger Geſchäfte aus der Stadt reiſen muſte: ſo konte er alsdenn einen ſeiner Collegen die iurisdiction auftragen. Eben dieſes konte auch bei denen Præſidibus Provinciæ geſchehen, weil dieſelben nicht an allen Orten gegenwärtig ſeyn konten, daher ſie die iurisdiction ihren Lieutenants zu übertragen pflegten. Wovon in den Pandekten ſich ein beſonderer Titel findet, *de officio eius cui, mandata eſt iurisdictio.* Und deswegen fragen wir hier: an & tutoris datio aliis mandari queat a magiſtratu? Dieſes wird in L. 8. *prine.* D. *de tut. & curat. dat.* wegen zweier Urſachen geläugnet, 1) weil die Beſtellung der Vormünder nicht aus dem Obrigkeitlichen Amt, ſondern aus einem beſondern Geſätz herflieſſet, dasjenige aber, was einem aus einen beſondern Geſätz gegeben worden, kan einem andern nicht aufgetragen werden,

den, wie ſolches in L. 1. *princ.* D. *de offic. eius, cui mand. eſt iurisdict.* ausdrücklich gemeldet wird. 2) Gehet es auch nicht an, weil die tutoris datio ein actus legitimus iſt. Nun aber haben die actus legitimi dieſe Natur und Eigenſchaft, daß ſie von keinen Procurator können verwaltet werden. L. 77. D. *de Reg Iur.* und derohalben kan auch kein Vormund per procuratorem & mandatarium beſtellet werden. Es möchte uns iemand den L. 15. D. *de Offic. Proconſ.* entgegen ſetzen, alwo geſaget wird, daß der Legatus Proconſulis auch Vormünder ſetzen könne, da derſelbe doch keine iurisdictionem propriam, ſondern nur mandatam habe. Allein, es dienet darauf zur Antwort, daß den Legatis Proconſulum die iurisdiction von den Proconſulibus aufgetragen worden: und wenn dieſes geſchehen war, ſo empfingen ſie Gewalt, Vormündere zu beſtellen ex ſpeciali lege & conſtitutione M. *Antonini* Imp. L. 1. §. 1. D. *h. t.* Und daher ſetzten die Legati Proconſulum Vormünder, nicht vi mandati, ſondern aus einer beſondern Verordnung. Daher denn der L. 15. D. *de Offic. Proconſ.* den andern Geſätzen gar nicht entgegen ſtehet, wie ſolches NOODT *de Iurisdict. lib. II.* c. 5. wohl angemercket hat. Dieſe Regel, quod tutoris datio non poſſit mandari, gilt heut zu Tage nicht mehr, weil die tutoris datio ietzo ein actus ordinariæ iurisdictionis iſt. Daher wir denn täglich ſehen, daß die Gerichtshalter, welche in Aemtern und auf adelichen Gütern gehalten werden, Vormünder beſtellen.

§. 244. Das zweite axioma, welches wir oben (§. 240.) feſtgeſetzet haben, war dieſes: Tutor datur in ſubſidium, deficientibus teſtamentariis & legitimis tutoribus. Aus dieſen ziehen wir folgende concluſiones. 1) Wenn kein tutor teſtamentarius, noch legitimus vorhanden iſt: ſo ſetzet die Obrigkeit einen Vormund. Hat alſo ein tutor teſtamentarius oder legitimus ein Recht, die Vormundſchaft zu übernehmen: ſo kan alsdenn die tutela legitima nicht ſtatt finden. 2) Si tutela teſtamentaria vel impeditur & adhuc ſperatur, vel finitur morte, excuſatione vel remotione tutoris teſtamentarii. Wir haben oben (§. 206. und 212.) einige Exempel gehabt, da die tutela teſtamentaria eine Hinderniß bekömmt. Denn wenn der im Teſtament geſetzte Vormund wahnſinnig, oder taub und ſtumm, oder minderjährig iſt: ſo wird ihm nicht die Vormundſchaft genommen, ſondern die Verwaltung derſelben wird nur ſo lange aufgeſchoben, bis die Hinderniß hinwegfällt. Inzwiſchen übernimmt die Verwaltung nicht etwa der tutor legitimus, ſondern die Obrigkeit beſtellet einen Curator, welcher die Verwaltung muß über ſich nehmen. Alſo verhält ſichs auch, wenn der tutor teſtamentarius ſtirbet, oder capitis deminutionem leidet, oder als ſuſpectus verworfen wird. In allen dieſen Fällen beſtellet die Obrigkeit Vormünder. §. 1. 2. *Inſt. h. t.* L. 11. D. *de teſt. tut.* Wir erſehen daraus, daß der Hr.

HVBER *in Prælect. ad Inſt. 6. 2. h. t.* gar recht geurtheilet hat, da er dieſe tutelam dativam in perpetuam & temporariam eingetheilet. Perpetuam tutelam dativam nennet er, wenn weder ein tutor teſtamentarius noch legitimus vorhanden iſt, noch gehoffet wird. Hingegen heißt temporaria, wenn tutor teſtamentarius zwar noch gehoffet wird, es wird aber inzwiſchen ein anderer geſetzet.

§. 245. Das dritte axioma iſt: Tutoris datio eſt actus legitimus. (§. 240.) Weil nun aber ein actus legitimus von der Natur und Eigenſchaft iſt, ut non admittat conditionem vel diem: (§. 70. *ſchol.* 2.) ſo folget daraus, a) daß keine Obrigkeit einen Vormund ſub conditione verordnen kan. Daher gehet es nicht an, wenn eine Obrigkeit dieſe Verordnung machen wolte, *Titius* ſoll des unmündigen *Mevii* Vormund ſeyn, wenn er Doctor werden wird. Die Urſache davon iſt auch dieſe. Wenn einer auf ſolche Art würde zum Vormund geſetzet werden, derſelbe, ſo viel an ihm iſt, verhindern würde, daß dieſe Bedingung nicht könte erfüllet werden. Denn es würde einer auf ſolche Art niemals dieſe Würde ſuchen, und ſich auf ſolche Art der Vormundſchaft entziehen. b) Es kan auch nicht der Vormund in diem oder ex die beſtellet werden, z. E. *Titius* ſoll dieſes Jahr Vormund ſeyn, oder *Mevius* ſoll nach zwei Jahren Vormund ſeyn. Alſo muß der Vormund pure beſtellet werden. Z. E. *Caius* ſoll Vormund ſeyn. L. 6. §. 1. *de Tutel.* Es möchte hier aber iemand einwenden: Kan denn der teſtator einen Vormund ſub conditione, oder ex die, oder in diem beſtellen? (§. 213. II.) L. 2. D. *de teſt. tut.* §. 3. *Inſt. qui teſt. tut. dar. poſſ.* Warum ſoll dieſes die Obrigkeit nicht thun können? Allein, das kan der teſtator wohl thun, weil die Beſtellung eines Vormundes im Teſtament kein actus legitimus iſt; hingegen, wenn der Prætor einen Vormund ſetzet; ſo iſt dieſes nach dem L. 77. D. *de Reg. Iur.* ein actus legitimus, qui non admittit conditionem vel diem.

§. 246. Nachdem wir dieſes abgehandelt haben: ſo iſt nichts mehr übrig, als daß wir nunmehro betrachten, was die Teutſchen Rechte hierin verordnen. Unſere Rechte und Gewohnheiten gehen von den bishero vorgetragenen Römiſchen Rechten vornemlich in zwei Stücken ab. Und zwar, 1) daß wir heut zu Tage keine gewiſſe Obrigkeiten haben, welche nur Vormünder beſtellen können, ſondern dieſes Recht kömmt allen Obrigkeiten zu, welche eine Gerichtsbarkeit haben. Weil aber die Gerichtbarkeit in die bürgerliche und peinliche eingetheilet wird, und es öfters geſchiehet, daß an einem Ort ein anderer die bürgerliche, und wieder ein anderer die peinliche Gerichtbarkeit ausübet; ſo entſtehet hier die Frage: welcher alsdenn die Macht habe, Vormünder zu beſtellen? Wir antworten darauf: derjenige, welcher die

die bürgerliche Gerichtbarkeit ausübet, weil die Bestellung eines Vormundes mit der Bestrafung der Verbrechen nichts zu thun hat. Denn bei uns hat die Obrigkeit die Ober-Vormundschaft, vermöge welcher sie Vormünder bestellen können. Die Ursache dieses Unterschieds hat SCHILTER *in praxi iuris Rom. in foris Germ. Exerc. XXVII.* §. 60. nicht eingesehen, indem er dieses Recht bald aus den Reichs-Abschieden, bald aus den Urtheilen der alten Teutschen Schöppen herholet. Es hat aber schon der Herr THOMASIVS *in Not. ad Inst. lib. I. Tit. XX.* p. 92. ihm den Sachsen-Spiegel entgegen gesetzet, in welchen bezeuget wird, daß die Obrigkeit das Recht habe, Vormünder zu setzen: welches Zeugniß älter ist als die Reichs-Abschiede und die Urtheile der alten Schöppen. Wir haben auch ein mehreres davon geredet in unserer dissert. *de suprema principum & magistratuum tutela.* §. 17. Und daraus kan man ersehen, daß die tutoris datio ein actus ordinariæ iurisdictionis ist. STRYK *in Vsu Mod. Pand. lib. I. Tit I.* §. 21. Es klinget daher gar wunderlich, wenn MEIER *in Colleg. Argentor. Tit. de tut. & curat. dat.* §. 7. REBHAHN *Decis. Select. Quæst. I.* n. 37. und ZAHN *in Ichnographia Municipali* c. 52. n. 2. vorgeben, daß die Gewalt, Vormünder zu setzen, nur derjenigen Obrigkeit zukomme, welcher es per specialem legem gegeben worden. Der Grund, warum sie diesen visirlichen Satz behaupten, bestehet darin, daß sie sagen, es kan heut zu Tage niemand einen Vormund setzen, wenn ihm nicht der Landesherr die Gerichtbarkeit aufgetragen hat. Allein hiervon ist gar nicht die Frage, sondern, ob einer dem die Gerichtbarkeit gegeben ist, nicht insbesondere die Bestellung der Vormünder hat? Weil nun dieses, ohne eine grosse Verwegenheit zu begehen, niemand bejahen wird: so siehet man daraus, daß die datio tutoris ietzo zur ordentlichen Gerichtbarkeit gehöre. Ja diejenigen, welche nicht einmal eine Gerichtbarkeit haben, sondern sich nur mit dem Policei-Wesen beschäftigen, haben öfters die Bestellung der Vormünder: wie man hier in Halle ein solches Exempel aufweisen kan, da der Stadt-Rath keine Gerichtbarkeit hat, und dennoch die Vormünder durch das sogenannte Vormundschafts-Amt bestellen lässet. So ist auch 2) zu mercken, daß unsere Obrigkeiten bei Bestellung der Vormünder eine viel grössere Gewalt als die Römischen Magistratus haben. Denn die Römischen Obrigkeiten konten nur Vormünder in subsidium bestellen, wenn die tutores testamentarii oder legitimi ermangelten, denn diese konten sie von der Vormundschaft nicht ausschliessen. Hingegen unsere Obrigkeiten sehen vielmehr auf die Geschicklichkeit der Personen, welche zu Vormündern sollen bestellet werden, und wenn sie vermercken, daß dieselben nicht geschickt sind, die Vormundschaft zu führen: so schliessen sie dieselben ohne grosse Ceremonien aus, es mögen tutores testamentarii oder legitimi seyn, an deren statt

ſie denn andere verordnen. Ich habe drei Zeugniſſe angeführet. woraus erhellet, daß an unterſchiedenen Orten dieſe Lehre gelte. Von Frießland bezeugen dieſes die *Statuta Friſica lib. II. Tit. VII.* art. 1. von den Niederlanden TYPÆVS *in Notit. iur. Belg. Tit. de tut.* und von Teutſchland handelt weitläuftig SCHILTER *in praxi iur. Rom. in for. Germ. Exerc. XXXVII.* §. 46. ſeq. woraus denn zu erſehen iſt, daß an der allgemeinen praxi nicht zu zweifeln.

Tit. XXI.
De Auctoritate Tutorum.

§. 247.

Wir haben bisher von allen Arten der Vormundſchaft gehandelt; daher wir ietzo von dem Amt der Vormünder reden wollen, welches vornemlich darin beſtehet, daß ſie zu den Handlungen ihrer Unmündigen ihre Auctorität geben müſſen. Nun ſagten wir oben, (§. 204.) die tutela ſey vis ac poteſtas in capite libero: wir erinnerten auch, das vis mehr als poteſtas ſey, und daß die Vormünder bei den Unmündigen vim, bei den adultioribus aber poteſtatem ausüben. Die Infantia dauert bei den Kindern bis in das ſiebente Jahr nach den Römiſchen Rechten L. 14. D. *de ſponſal.* und bei den Teutſchen hat es ſich ebenfalls ſo verhalten, welche das Sprüchwort hatten: Sieben Jahr ein Kind. HERTIVS *in Paroemiis iuris Germ. Vol. I. Opuſc.* p. 430. Die Zeit vom ſiebenten Jahr an, bis auf die pubertatem, wird in zwei gleiche Theile getheilet, da es bei dem erſten heiſſet, infantiæ proximus, bei dem andern pubertati proximus vel proxima. Hinc.

Puer eſt infans usque ad an.	7.	Puella eſt infans usque ad an.	7.
Infantiæ proximus ad an.	10½.	Infantiæ proxima	9½.
Pubertati proximus ad an.	14.	Pupertati proxima	12.
Pubes completo anno	14.	Viri potens completo anno	12.
Plene pubes completo anno	18.	Plene pubes completo anno	14.
Maiorennis completo anno	25.	Maiorennis completo anno	25.

§. 248. Dieſe termini ætatis ſind von einem Rechtsbefliſſenen wohl zu mercken, und er hat ſich zu hüten, daß er nicht etwa dieſelben mit einander vermiſche. Daß wir aber dieſes alles auch anwenden: ſo iſt wohl zu mercken, daß ein Vormund mehr Gewalt habe, in pupillum infantem, als welcher vor keine Perſon gehalten wurde, als in pupillum infantiæ aut pubertati proximum. Wenn ein pupillus noch infans iſt, da kan er für ſich ſelbſt nichts

nichts thun, ſondern der Vormund behandelt alles in ſeinen Namen, und da heißt es, tutor adminiſtrat. L. 152. D. *de adminiſtr. tut.* Wenn aber der pupillus infantiæ oder pubertati proximus iſt, welchen die Römer für eine vollkommene Perſon hielten: ſo kan er alles thun, wenn dieſes nur geſchiehet in Gegenwart, und mit Wiſſen des Vormundes, und da heißt es, tutor interponit auctoritatem. L. 9. D. *de adquir. hered.* L. 32. §. 2. D. *de adquir. vel amitt. hered.* Wir müſſen dieſen Satz durch einige Exempel in ein Licht zu ſetzen ſuchen. Iſt einer ein pupillus infans, ſo kan er keinen Contrakt ſchlieſſen, keine Erbſchaft antreten, keine Gelder auszahlen, u. d. m. ſondern alles geſchiehet in ſeinem Namen von dem Vormunde, welcher ſolches auch ohne ſein Wiſſen thun kan. Hingegen wenn ein Unmündiger über das ſiebente Jahr hinauf iſt, ſo kan er ſelbſt einen Contrakt ſchlieſſen, er kan ſelbſt eine Erbſchaft antreten, er kan auch Gelder auszahlen, wenn nur der Vormund gegenwärtig iſt, und Auctor wird. Auctoritas hat hier in der That den Namen ab augendo bekommen, weil der Vormund dasjenige, welches in der Perſon des Unmündigen mangelt, vermehret und erfüllet. Denn ein Kind iſt ob defectum rationis keine Perſon, ſondern der Vormund thut alles in deſſen Namen. Iſt aber ein pupillus infantiæ maior, ſo iſt er zwar eine Perſon, aber er wird propter infirmitatem iudicii gleichſam nur pro dimidia perſona gehalten. Was alſo dem Unmündigen fehlet, das ſupplirt der Vormund, eiusque perſonam auget, dum conſentit. Daher wird der Conſens des Vormundes auctoritas genennet, und wird im L. 32. §. 2. D. *de adquir. vel amitt. poſſ.* gar ſchön geſaget: *infantis iudicium ſuppleri auctoritate tutoris*; quam vis ibi infans accipi videatur in ſenſu latiori pro omni pupillo.

§. 249. Aus dieſen gegebenen principiis flieſſet nun die definitio auctoritatis. Wir haben dieſelbe alſo beſchrieben: Auctoritas eſt actus legitimus, quo tutor id, quod pupillus infantia maior gerit, & ex quo deterior eius conditio fieri poſſet, ſolemniter adprobat, ut, quod perſonæ eius deeſt, ſuppleatur. Wir müſſen dieſe definition, wenn ſie recht ſoll verſtanden werden, nach allen ihren Theilen erklären. Wir haben geſagt, 1) auctoritas eſt actus legitimus. Dieſes können wir zwar nicht a priori demonſtriren, weil in allen unſern Rechts-Büchern nicht geſaget wird, daß die auctoritas tutorum ein actus legitimus ſey: wir ſind doch aber vermögend, ſolches a poſteriori zu demonſtriren. Denn alles, was im L. 77. D. *de Reg. Iur.* von den actibus legitimis geſaget wird, das reimet ſich auch auf die auctoritatem tutorum: nam ea non admittit procuratorem, nec conditionem, nec diem. Ja es muſten ſo gar verba ſolemnia dabei gebraucht werden, wie dieſes BRISSONIVS, *de formulis populi Romani*, gar ſchön gezeiget hat. S. unſere *Antiquitates Romanas lib. I. Tit. XXI. §. 3.* Da nun hier alle requiſi-

ta eines actus legitimi vorhanden sind: so stehet uns nichts im Wege zu sagen, daß die auctoritas tutorum gleichfalls ein actus legitimus sey. Wir haben 2) in der definition gesaget: quo tutor id, quod pupillus infantia maior gerit, adprobat. Denn wenn der pupillus noch ein Kind ist, so kan derselbe, wie wir kürtzlich vorher angemercket haben, nichts vor sich thun, sondern der Vormund verwaltet alles, und thut alles im Namen des Minderjährigen, ergo tum nec auctoritatem interponit. So haben wir auch 3) gesaget, quo deterior eius conditio fieri posset. Denn wir werden bald hernach hören, daß ein Minderjähriger seinen Zustand auch sine auctoritate tutoris verbessern kan, er kan ihn aber nicht verschlimmern, z. E. wenn einer einem pupillo etwas schencket, das ist gültig, obgleich der Vormund nicht gegenwärtig gewesen ist, und solches genehmiget hat. Also gehet es nicht an, daß derjenige, welcher etwas geschencket hat, die Schenckung aus dem Vorwand wiederrufen wolte, weil der tutor nicht dazu seine Auctorität gegeben hätte. Denn der Pupill, wie wir schon erinnert haben, kan seinen Zustand sine tutoris auctoritate verbessern: nun aber verbessert ja ein pupillus ohne Zweifel seinen Zustand durch die angenommene Schenckung, weil er dadurch reicher wird, als er vorhero gewesen ist: und derohalben muß auch diese Schenckung sine tutoris auctoritate interposita zu Recht bestehen. Im Gegentheil wenn ein Pupill einem andern etwas verspricht: so entstehet aus diesem Versprechen keine Verbindung, wenn nicht der Vormund gegenwärtig gewesen, und auctor geworden ist. Endlich haben wir 4) noch die Worte hinzugethan: solemniter adprobat. Denn wir haben gesehen, daß die auctoritas tutoris ein actus legitimus sey: nun muste aber ein actus legitimus solenniter ausgemachet werden, wie solches oben (§. 70.) umständlich gezeiget worden ist. Dieses war die definitio von der auctoritate tutoris: ietzo wollen wir sehen, was vor axiomata sich aus derselben herleiten lassen. Es sind deren drei, und bestehen in folgenden: α) Auctoritas tutoris est actus legitimus. β) Ea opus est, quoties quid geritur, quo deterior fieri posset pupilli conditio. γ) Hac auctoritate tutor supplet iudicium pupilli. Nun wollen wir ein iedes insbesondere durchnehmen, und daraus conclusiones ziehen.

§. 250. Das erste axioma ist: auctoritas est actus legitimus. Woraus folgende conclusiones fliessen: Auctoritas interponenda est in ipso negotio. §. 2. *Inst. h. t.* Dahero war die Handlung nicht gültig, wenn der Vormund abwesend war, und durch einen Brief seinen Consens ertheilte, oder, wenn er das von dem pupillo eingegangene Geschäft hernach ratihabirte oder confirmirte. L. 9. §. 5. D. *h. t.* Denn die actus legitimi liessen keinen procuratorem zu, sondern musten in eigener Person verrichtet werden.

den. Ja die Gesätze erfordern die Gegenwart des Vormundes dergestalt, daß sie wollen, daß derselbe nicht allein dem Leibe, sondern auch dem Gemüthe nach, gegenwärtig seyn soll. Daher gilt es nicht, wenn der Vormund trücken gewesen, und in der Trunckenheit seine Auctorität zu der Handlung gegeben hat. L. 14. D. *h. t.* Es möchte iemand hier einwenden, daß diesem Satz zwo leges entgegen stünden, nemlich der L. 9. §. *ult.* D. *h. t.* allwo gesaget wird: *posse me absenti pupillo aliquid vendere per litteras, modo is tutoris auctoritate consentiat.* Allein es dienet darauf zur Antwort, daß uns dieses Gesätz gar nicht entgegen sey. Denn es kan einer abwesend mit einem Minderjährigen einen Contrakt schliessen, aber der Vormund muß von dem Minderjährigen nicht abwesend seyn, sondern seine Gegenwart wird erfordert, wenn der Pupillus contrahirt. Das andere Gesätz, welches unsern Satz de auctoritate tutoris in ipso negotio interponenda zu widersprechen scheinet, ist der L. 25. §. 4. D. *de adquir. hered.* allwo ausdrücklich gesaget wird: auctoritatem posse perfecto negotio interponi, da wir doch gemeldet haben, daß solches gleich bei der Handlung selbst geschehen müsse. Dieser Zweifel hat dem berühmten Rechtsgelehrten IACOBO GOTHOFREDO dergestalt in die Augen geleuchtet, daß derselbe in *Commentario ad* L. 29. D. *de Reg. Iur.* den Text geändert, und für perfecto negotio gesetzet, profecto negotio. Allein es ist nicht nöthig, daß man eine solche starcke Artznei gebraucht. Denn die auctoritas tutoris muß allerdings interponirt werden, perfecto negotio: allein dieses ist nicht so zu verstehen, als wenn die Handlung schon lange vorher müste zu stande gekommen seyn, sondern so bald als das Geschäft seine Richtigkeit bekommen hat, d. i. so bald als der Unmündige gesaget hat: promitto centum, so muß der Vormund dazu setzen, & ego auctor fio. CVIACIVS *lib. XIII. Observ.* c. 31. HOTOMANNVS *lib. XII. Observ.* c. 2.

2) Quod tutor auctor fieri debeat pure, non sub conditione. Also darf er nicht consentiren auf diese Art, wenn er z. E. sagen wolte: ich gebe zu dem Geschäfte meinem Willen, wenn es meinen Unmündigen nützlich seyn wird. Denn die actus legitimi müssen pure, nicht sub conditione verrichtet werden. L. 123. D. *de Reg. Iur.*

§. 251. Das zweite axioma ist: auctoritate tutoris opus est, quoties deterior fieri possit pupilli conditio: meliorem enim conditionem suam pupillus facere potest, etiam sine tutoris auctoritatem, non enim deteriorem. Hier muß erkläret werden, was das heisse conditionem meliorem reddere und deteriorem. In meliorem reddit conditionem suam pupillus, so oft ein anderer ihm verbunden wird, z. E. wenn einer den Unmündigen sich wozu verbindet, ihm etwas zu leisten, zu schencken, zu leihen, u. d. m. Deteriorem reddit pupillus suam conditionem, so oft sich der Unmündige iemand

anders verbindet, z. E. wenn der Unmündige einem andern etwas verspricht, schencket, oder leihet. Es ist dieses wohl zu beobachten, weil es bei Erörterung der folgenden Fragen seinen guten Nutzen zeigen wird.

§. 252. Aus dem vorher (§. 251.) festgestelten axiomate, flieſſen folgende concluſiones: 1) ut pupillus ſine tutoris auctoritate ſibi ſtipulari, donationem vel remiſſionem acceptare, immo ex quocunque titulo lucrativo adquirere, non autem promittere, donare, remittere, tradere, alienare poſſit. Denn auf dieſe Art wird dem Unmündigen zwar ein anderer verbunden, nicht aber der Unmündige einem andern. Und wenn da iemand den Unmündigen etwas verspricht oder ſchencket, ſo ist es vollkommen gültig, obgleich der Vormund nicht dabei geweſen ist. 2) Vt contractus cum pupillo, inſcio tutore initi, non obligent pupillum, ſed hic tamen ex iisdem alios habet obligatos. *princ. Inſt. h. t.* L. 13. §. 29. D. *de act. emt.* Wenn also einer mit einem Unmündigen einen contractum bilateralem ſchlieſſet: ſo hat der pupillus zwar actionem, nicht aber der andere, welcher mit dem Unmündigen contrahirt hat, wenn die auctoritas tutoris nicht dazu gekommen ist. Hingegen wird auch der Unmündige verbunden, ſi factus eſt locupletior. l. 5. D. *h. t.* Wir wollen die Sache mit einem Exempel erläutern. Ein Kaufmann verhandelt einem Unmündigen eine goldene Uhr für 100. Rthlr., ohne daß der Vormund dabei ist, und conſentirt. Der Vormund läſſet ſich den Kauf gefallen, und ſendet dem Kaufmann die 100. Rthlr. zu; weil aber dieſen unterdeſſen die Reue angekommen: ſo will er an den Kauf nicht gebunden ſeyn, und giebt vor, der Unmündige hätte keinen Contrakt ſchlieſſen können, quær. ob der Kaufmann dieſen Contrakt zu halten ſchuldig ſey? Die Antwort kan nicht anders als bejahend ausfallen, wenn aber der Kaufmann den Unmündigen zwingen wolte, daß er den Contrakt halten ſolte: ſo würde dieſer ihm antworten, daß er ſich ohne ſeinen Vormund nicht habe verbindlich machen können. Hier möchte iemand ſagen; iſt dieſes nicht die gröſte Ungerechtigkeit, daß der Kaufmann ſoll verbunden ſeyn, und ſich doch gleiche Verbindlichkeit bei dem Unmündigen aus eben dem Contrakt nicht finden? Aber wir antworten darauf, daß ſolches keine Ungerechtigkeit bei ſich führe. Denn der Kaufmann hat es ſich ſelbſt zuzurechnen, daß er mit einem Unmündigen ohne ſeinen Vormund contrahirt hat: und dahero kan er es gar nicht übel nehmen, wenn dieſer Contrakt hincket, d. i. nicht verbindlich iſt.

§. 253. Hierbei aber entſtehet der gröſte Zweifel bei der hereditatis aditione, ob nemlich bei derſelben auctoritas tutoris nöthig ſey? Es möchte iemand ſcheinen, daß dieſe auctoritas hier gantz überflüßig ſey, weil derjenige, welcher eine Erbſchaft bekommt, ſeinen Zuſtand verbeſſert, und alſo die auctoritas tutoris nach unſerer (§. 251.) gegebenen Regel nicht nöthig

thig ſey. Gleichwol verbieten unſere Geſätze ausdrücklich, daß ein Unmündiger, ſine tutoris auctoritate, keine Erbſchaft antreten ſoll. §. 1. *Inſt. h. t.* L. 9 §. 3. D. *h. t.* Dahero wird gefragt, was die Urſache dieſer Verordnung ſey? Die meiſten ſagen, daß dieſes die Geſätze deswegen verboten hätten, weil die hereditatis aditio ob latitans æs alienum mehrentheils eine gefährliche Sache ſey. OTTO *in Comment. ad Inſtit. h. t.* p. 126. Allein es iſt dieſes kein hinlänglicher Grund, weil ia der Keiſer *Iuſtinianus* in §. 1. *Inſt. h. t.* ausdrücklich ſaget: *pupillum non adire poſſe hereditatem ſine tutore ſuo, etiamſi lucroſa ſit*; und alſo muß wohl eine andere Urſache vorhanden ſeyn. Wir mercken alſo zweierlei Urſachen an, 1) weil die aditio hereditatis ein quaſi contractus iſt, wodurch ſich der Erbe nicht allein verbindet zu den legatis und fideicommiſſis, ſondern auch den Gläubigern die Schulden zu bezahlen, welche der teſtator gemacht hat. L. 8. *princ.* D. *de adquir. hered.* Wer alſo eine Erbſchaft antritt, der hat die Vermuthung, daß er alles leiſten wolle, was der Verſtorbene würde geleiſtet haben. (§. 985.) Und daher kan ein Unmündiger ſich nicht verbinden ſine tutoris auctoritate, wie wir (§. 251.) ſchon erinnert haben. 2) War auch die aditio hereditatis bei den Römern ein actus legitimus, L. 77. D. *de Reg. Iur.* Nun aber konten die Unmündigen keine actus legitimos ſine tutoris auctoritate vornehmen: und alſo war auch bei der aditione hereditatis die auctoritas tutoris nöthig. L. 19. D. *h. t.* CVIACIVS *lib. I. Obſerv.* c. 34.

§. 254. Das dritte axioma iſt: tutor auctoritate ſupplet iudicium pupilli. Daraus folgerten die Rechtsgelehrten, daß der Unmündige und der Vormund pro una perſona agente gehalten wurden, und ſagten dahero: tutor auctor fieri in rem ſuam non poteſt. §. 3. *Inſt. h. t.* L. 1. *princ.* L. 7. *princ.* & §. 2. D. *h. t.* Auf ſolche Art konte der Vormund mit ſeinem Unmündigen keinen Contrakt ſchlieſſen, es wäre denn geweſen, daß der Vormund etwas gekauft hätte, wenn des Unmündigen Sachen öffentlich verkaufet worden, weil alsdenn der Unmündige keine Gefahr gelaufen, beſchädiget zu werden.

§. 255. Aus dieſem principio können wir folgende concluſiones ziehen: 1) der Vormund kan von den Unmündigen nichts kaufen. L. 34. §. 7. *de contr. emt.* Denn da würde der Vormund, welcher dergleichen thun wolte, auctor in rem ſuam ſeyn, welches doch, wie wir geſagt haben, nicht geſchehen kan. Die Ausnahme davon haben wir kurz vorher angeführet. 2) Wenn der Vormund mit ſeinem Unmündigen in eine Klage geräth: ſo muß alsdenn der Unmündige einen ſpecialem curatorem in litem erhalten, wovon die Urſache dieſe iſt. Ein Unmündiger, welcher litem conteſtirt, gehet einen quaſi contractum ein: qui quaſi contrahit, ſe obligat? Nun aber kan der

Un-

Unmündige sine tutoris auctoritate sich nicht verbinden, der Vormund aber kan nicht auctor in rem suam werden: derohalben muß ein anderer gesetzet werden, qui auctor fieri potest. Derjenige, welcher ehemalen dazu bestellet wurde, hieß tutor prætorius oder prætorianus, wie aus VLPIANI *Fragm. Tit. XI.* §. 24. zu ersehen ist. Allein *Tribunianus* hat denselben lieber curatorem nennen wollen, quia tutorem habenti tutor dari nequit. GIPHANIVS *ad Inst.* §. 3. *h. t.* Im übrigen ist diese tutoris datio prætoria ausser Gebrauch gekommen, nachdem die solemnitates iudiciorum hinweg gefallen sind, welche ehemals die Gegenwart des Vormundes absolument erforderten, wie aus dem L. 19 D. *h. t.* kan ersehen werden.

§. 256. Nichts ist mehr übrig, als daß wir noch etwas von dem heutigen Gebrauch dieser Lehre reden, da wir denn mit wenigen anmercken, 1) daß die auctoritas tutoris heut zu Tage nicht mehr ein actus legitimus ist. Daher kan ietzo der Vormund, wenn er abwesend ist, durch einen Brief der von dem Unmündigen unternommenen Handlung die Gültigkeit geben. Ja, wenn die Handlung schon ihre Richtigkeit bekommen hat: so kan der Vormund solche ratihabiren. Und wer wolte doch einem Vormunde eine solche Last auflegen, daß derselbe, wenn z. E. der Unmündige sich auf einer weit von ihm entfernten Universität aufhielte, und etwas kaufte, allezeit solte gezwungen seyn, erst dahin zu reisen, und durch seine Gegenwart der Handlung die Gültigkeit zu geben. 2) Wird auch heut zu Tage kein grosser Unterschied beobachtet inter pupillos infantes & infantiæ maiores Denn heut zu Tage haben die Vormünder eine grössere Gewalt, als bei den Römern, weil sie an statt der Obrigkeit, welche die Ober-Vormundschaft führet, gesetzet sind, wie wir in unserer dissert. de suprema principum & magistratuum tutela umständlich ausgeführet haben. Denn die Vormünder thun ietzo alles ohne ihre Unmündigen, es mögen dieselben seyn, wes Alters sie wollen. Daher man sagen kan, hodie tutores magis administrant, quam auctoritatem interponunt. Was das übrige betrift: so hat dasselbe, noch heut zu Tage einen Gebrauch. Und daher kan sich noch ietzo kein Pupill verbinden, keine Erbschaft antreten, noch etwas versprechen, sine tutore auctore. Nec hodie contractus cum pupillo absente, & non consentiente tutore, initus, obligat ex utraque parte, sed est claudicans tantum.

Tit. XXII.
Quibus Modis Tutela Finitur.

§. 257.

Wir haben bishero drei Theile, welche zu der Vormundschaft gehören durchgenommen; denn wir haben gesehen, α) quid sit tutela? β) quotuplex sit tutela? γ) quodnam sit tutoris officium? Jetzo folget der vierte Theil de modis, quibus tutela finitur. Dieses ist der leichteste Titel, und gründet sich bei dieser Lehre alles auf folgendes axioma: cessante caussa tutelæ, cessat & ipsa tutela. Caussa tutelæ ist, wie wir gesaget haben, (§. 203.) tuitio eius, qui per ætatem se sponte defendere nequit. Ist nun die defensio nicht mehr nöthig, oder es kan dieselbe von dem Vormund nicht mehr geleistet werden: so muß auch die Vormundschaft aufhören.

§. 258. Aus diesem festgestellten axiomate erhellet, daß der Tod die Vormundschaft aufhebe, es mag nun der Vormund oder der Mündling versterben. Denn, wenn der Vormund verstirbet, so kan er den Mündling nicht mehr beschützen: wenn der Mündling aber den Weg aller Welt gehet, so ist er keines Schutzes eines Lebendigen mehr benöthiget. Und daher höret in beiden Fällen die Vormundschaft auf. Man kan daraus zugleich ersehen, daß die Vormundschaft nicht auf die Erben gehe. Denn die tutela ist ein munus publicum, (§. 204.) und zwar personale; was aber der Person anhänget, höret mit der Person auf: und derohalben kan die Vormundschaft nicht auf die Erben gehen. Dazu kömmt noch eine besondere Ursache, daß nemlich, weil die Vormünder von dem testatore und prætore aus einem besondern Vertrauen zu gewissen Personen gesetzet werden, solches Vertrauen aber sich nicht allezeit bei den Erben findet: so kan auch die Vormundschaft nicht auf die Erben gehen. Einige machen hier einen Einwurf aus dem L. 11. § 2. D. *de Verb. Oblig.* Allein der casus, wovon gedachter lex redet, ist so zu verstehen, daß wenn der nächste Agnat die tutelam legitimam überkömmt; solches ihm nicht als Erben wiederfähret, sondern als proximo agnato. Und eben diese tutela legitima ist von der angeführten Regel ausgenommen, welche auf die Erben gehet, wenn sie proximi agnati seyn, und auch die Geschicklichkeit haben, die Vormundschaft zu übernehmen. Folgendes Exempel kan die Sache erläutern:

Wir wollen nach dieſer Figur uns vorſtellen, daß primus unmündig iſt, und einen tutorem legitimum bekommen ſoll, weil im Teſtament kein Vormund verordnet iſt. Deſſen nächſte Agnaten ſind quartus und quintus, welche im dritten Grad verwandt ſind; weil dieſelbe nun im gleichen Grad ſtehen: ſo ſind ſie zugleich tutores legitimi. (§. 220. III.) Nun wollen wir den Fall ſetzen, daß quartus und quintus verſtorben ſind, ehe primus die annos pubertatis erreichet hat: ſo übernehmen ſextus und ſeptimus, als quinti Erben, die tutelam legitimam, wenn ſie nur ſelbſt ihre Volljährigkeit haben, und geſchickt ſind, die Vormundſchaft zu übernehmen. Sie ſind aber deswegen tutores legitimi, weil ſie nach quarti und quinti Tode proximi agnati ſind. Und alſo iſt L. 16. §. 1. D. *de tut.* und L. 46. D. *famil. erciſc.* zu verſtehen.

§. 259. Der zweite modus, wodurch die Vormundſchaft geendiget wird, iſt capitis deminutio; denn dieſelbe wird dem Tode (§. 225.) gleich gehalten. L. 209. D. *de Reg. Iur.* Jedoch iſt hier der Unterſchied wohl zu mercken, inter capitis deminutionem pupilli & tutoris. Denn wenn der pupillus capitis deminutionem leidet: ſo höret die Vormundſchaft auf, es mag capitis deminutio maxima, media oder minima ſeyn. Der Vormund aber verlieret die Vormundſchaft nur per capitis deminutionem maximam & mediam, nicht aber per minimam. § 1. §. 4. *Inſt. h. t.* L. 14. princ. §. 1. 2. D. *de tut.* Die Urſache iſt dieſe, wenn der pupillus gefangen wird, ſo kömmt er in die Knechtſchaft, wodurch er capitis deminutionem maximam leidet: bei welchem Fall indeſſen ein Curator bonorum geſetzet wird, welchen die Mutter beſtellen läſſet. L. 15. D. *Ex quib. cauſſ. maj.* Wenn ein pupillus, qui pubertati proximus eſt, deportirt wird, (welches leichtlich geſchehen konte, quia is, qui annum agit decimum tertium, doli eſt capax, & criminali iudicio tenetur. L. 23. D. *de furt.* L. 4. *Cod. de auct. præſt.*) ſo leidet er mediam capitis deminutionem, und wird ein peregrinus. Wenn der Pupill ſich adrogiren läßt, ſo wird er ein filiusfamilias, und wird der väterlichen Gewalt unterworfen. L. 11. §. 2. D. *de bon. poſſ. ſec. tabb.* Und dadurch leidet er capitis deminutionem minimam. Wenn ſich nun dieſes findet, ſo iſt der pupillus nicht unter der Vormundſchaft, quia tutela eſt poteſtas in capite libero. Wenn aber der Vormund entweder capitis deminutionem maximam oder mediam leidet, und deswegen die Vormundſchaft verlieret, das hat dieſen Grund, weil ein ſervus oder peregrinus keinen Vormund abgeben konte, da die tutela, als ein munus publicum, muſte von Leuten verwaltet werden, welche darzu geſchickt waren. (§. 207. II.) Die minima capitis deminutio aber konte dem Vormunde deswegen nicht ſchaden, weil er als ein filiusfamilias die Vormundſchaft verwalten konte, wegen der Rechts Regel: Filiusfa-

usfamilias in muneribus publicis habetur pro patrefamilias. L. 9. D. *de his, qui sui vel alieni iuris sunt.* Ehemals fand ſich hierin bei den tutoribus legitimis eine Ausnahme, als welche, wenn ſie minimam capitis deminutionem gelitten, die Vormundſchaft verlohren, weil der Grund derſelben in iure agnationis beſtunde, welches aber durch eine iede capitis deminutionem aufgehoben wurde. (§. 222.) Da aber heut zu Tage nach der *Novella* 118. c. 4. 5. auch die cognati Vormünder werden; (§. 221.) die cognatio aber durch die minimam capitis deminutionem nicht aufgehoben wird: ſo fällt ietzo dieſe Ausnahme gantzlich hinweg, und entſtehet vielmehr dieſe Haupt-Regel: Tutor minimam paſſus capitis deminutionem tutelam nunquam amittit.

§. 260. Die dritte Art, wodurch die Vormundſchaft geendiget wird, iſt pubertas; denn da die Vormundſchaft deswegen ſtatt findet, quia pupillus propter ætatem ſe ipſum defendere nequit: ſo fällt hier die ratio hinweg, wenn einer iuſtam ætatem oder die annos pubertatis erreichet hat, und daher muß auch die Vormundſchaft aufhören. Was die pubertatem anlanget, ſo mercket TRIBVNIANVS in *princ. Inſt. h. t.* an, daß die Alten die pubertatem nicht nach den Jahren, ſondern nach der Beſchaffenheit des Leibes bei Manns-Perſonen beurtheilet haben. Weil nun der Keiſer *Iuſtinianus* ſolches für unverſchämt gehalten: ſo habe derſelbe durch eine beſondere Verordnung eingeführet, daß die Manns-Perſonen nach zurückgelegten 14. Jahre puberes, die Weibes Perſonen aber nach zurückgelegten 12. Jahre viri potentes ſeyn ſolten. Die Verordnung des Keiſers IVSTINIANI leſen wir in L. *ult. Cod. quando tut. eſſe deſ.* woſelbſt es alſo heiſſet: *indecoram obſervationem in examinanda marium pubertate reſecantes, iubemus, quemadmodum feminæ poſt impletos XII. annos omni modo pubeſcere iudicantur, ita & mares poſt exceſſum XIV. annorum puberes exiſtimentur, indagatione corporis inhoneſta ceſſante.* Allein, daß *Tribunianus* in Anzeigung dieſes Alterthums ſehr geirret habe, ſolches fällt einem Kenner der Alterthümer gar leicht in die Augen. Denn der Keiſer *Iuſtinianus* iſt nicht der erſte geweſen, welcher dieſe terminos pubertatis feſtgeſetzet hat, als welche ſchon längſt in den Rechten angenommen geweſen. Denn der Keiſer *Auguſtus* hatte ſchon vorlängſt in dem *Lege Papia Poppæa* verordnet, *duodecim annos ad ineundum matrimonium puellis ſufficere*: und hingegen wurde ſchon im zweiten Jahrhundert nach Chriſti Geburt bei den Manns-Perſonen das vierzehente Jahr ad pubertatem erfordert, wie DIO CASSIVS in *Hiſt. Impp. lib. LVI.* TERTVLLIANVS *de veland. virg.* c. 11. *de anima* c. 38. und MACROBIVS *in ſomnio Scipionis lib. I.* c. 6. bezeugen. Ja es hätten *Tribunianum* die leges in unſern corpore iuris überzeugen können, nemlich L. 2. *princ.* D. *de pupill. & vulg. ſubſt.* L. 11. *princ.* D. *quod falſ. tut.* L. 5 D. *qui teſt. fac.* L. 4. *Cod. eodem.* und PAVLLI *Recept. Sent. lib. III.*

Tit. IV. §. 1. überzeugen können, aus welchen erhellet, daß zu *Vlpiani* und *Diocletiani* Zeiten obige anni pubertatis festgesetzet gewesen. So ist auch das andere, welches TRIBVNIANVS und IVSTINIANVS anmercken, *quod veteres Romani masculorum pubertatem indecora observatione, inhonestaque indagatione explorarint*, gantz falsch. Denn bei den Alten findet sich davon nicht die geringste Nachricht. Denn obgleich VLRICVS HVBERVS *in Digress. lib. III.* c. 14. p. 210. und der Hr. Præsident BYNKERSHOEK *lib. III. Observat.* c. 24. *Iustinianum* entschuldigen wollen, und vermeinen, daß wenn solche Besichtigung gleich nicht wegen Endigung der Vormundschaft statt gefunden habe, solches doch bisweilen geschehen sey, wenn sich iemand habe verheurathen wollen: so haben dieselben doch solches nicht erwiesen. Es ist auch nicht wahrscheinlich, daß *Tribuniano* seines Herrn und Keisers Verordnungen so unbekannt gewesen seyn solten, daß er dieses Gesätz, welches er so sehr rühmet, sowol in *Institutionibus*, als auch in dem *Codice*, unter die Abhandlungen von der Vormundschaft gesetzet hätte, da dasselbe doch von einem besondern Fall, nemlich wegen der Verheurathung, gehandelt. Dahero es gar wunderlich heraus kömmt, und einem Spiegelfechten und Abentheuer gleich ist, daß der Keiser *Iustinianus* eine Weise abgeschaffet hat, welche doch den Römern niemals in Sinn gekommen ist. IACOBVS RÆVARDVS *lib. IV. Var.* c. 10. T. I. *Opp.* p. 667. Damit man aber zugleich sehen möge, was den Keiser *Iustinianum* in Irthum geführet: so ist zu mercken, daß unter den alten ICtis ein Streit gewesen, was vor ein terminus pubertatis seyn sollen. Denn da die meisten Rechtsgelehrten sich auf die Stoische Weltweisheit geleget hatten; die Stoiker aber die pubertatem bei Manns-Personen auf das vierzehente Jahr, und die viri potentiam bei Weibes-Personen auf das zwölfte Jahr setzten, wie PLVTARCHVS *de Placitis Philosophorum lib. V.* c. 23. berichtet: so haben die meisten ICti, vornemlich aber die *Proculeiani*, diesen Satz angenommen. Hingegen war *Cassius Longinus* einer gantz andern Meinung, dessen Anhänger dafür hielten, daß die pubertas nicht aus den Jahren, sondern aus der Beschaffenheit des Leibes müste beurtheilet werden. Zuletzt wolte *Priscus Iavolenus* diese einander widersprechende Meinungen mit einander vereinigen, und sagte, daß derjenige pubes wäre, bei welchen die Anzahl der Jahre, nebst der Beschaffenheit des Leibes sich fände. VLPIANVS *Fragm. Tit. XI.* §. 28. schreibet davon gar schön: *Puberem autem Cassiani quidem cum esse dicunt, qui habitu corporis pubes adparet, id est, qui generare potest: Proculeiani autem eum, qui* XIV. *annos explevit. Verum Priscus eum puberem esse, in quem utrumque concurrit, & habitus corporis, & numerus annorum.* Und eben diese Streitigkeit hat SERVIVS im Sinn gehabt, da er über VIRGILII *Æn. lib. VII. v. 53.*

Iam

Iam matura viro, iam plenis nubilis annis,

geſchrieben: *Non eſt iteratum, ſed ſecundum ius dictum, in quo & annorum ratione, & ex habitu corporis ætas probatur.* Alſo mercket eben derſelbe über VIRGILII *Eclog. lib. VIII. v. 34* an: *Bene cum annis iungit habitum corporis, nam & in iure pubertas ex utroque colligitur.* Endlich ſchreibet ISIDORVS *lib. XI. Orig.* c. 2. davon: *Quidam ex annis pubertatem æſtimant, id eſt, eum puberem eſſe, qui* XIV. *annos expleverit, quamvis tardiſſime pubeſcat. Certiſſimum autem, puberem eſſe, qui ex habitu corporis pubertatem oſtendat, & generare iam poſſit.* Weil nun *Iuſtinianus*, oder vielmehr *Tribunianus* geſehen, daß einige die pubertatem ex habitu corporis beurtheilet wiſſen wollen: ſo iſt er auf die Gedancken gerathen, als ob darunter eine nicht eben allzu ehrbare Beſichtigung verſtanden würde. Und derohalben iſt obige Verordnung gemachet worden, welche doch gantz unnöthig geweſen, weil ja ein ieder mercken kan, daß die alten Rechtsgelehrten nur auf die äuſſerliche Beſchaffenheit des Leibes geſehen haben. Dieſes aber iſt gewiß, daß bisweilen bei Verheurathungen eine Beſichtigung angeſtellet worden iſt, wenn man ſehen wollen, ob auch einer im Stande ſey, eine Ehe einzugehen. Und in dieſem Fall pfleget auch wohl noch heut zu Tage dergleichen angeſtellet zu werden, wovon auch der Sachſen-Spiegel *lib. I. Tit. 42.* redet. Heut zu Tage iſt es eine ausgemachte Sache, daß die pubertas allzeit aus den Jahren beurtheilet wird, und zwar werden die Manns-Perſonen pro puberibus gehalten, wenn ſie aus dem vierzehenten Jahre getreten ſind: die Weibes-Perſonen aber, wenn ſie zwölf Jahr alt, quia tum videtur puella

Iam matura viro, iam plenis nubilis annis.

§. 261. Der vierte modus, wodurch die Vormundſchaft geendiget wird, iſt veniens dies, vel exiſtens conditio: wiewol dieſer modus nur allein bei der tutela teſtamentaria ſtatt findet. Denn der Vater kan nur allein im Teſtament einen Vormund beſtellen, in diem, vel etiam ſub certa conditione. (§. 213.) Hingegen kan ſolches von dem Prætore keinesweges geſchehen, wie ſolches von uns oben (§ 245.) mit mehrern iſt bewieſen worden. Wenn daher der Vater im Teſtament geſetzet hat: *Titius* ſoll fünf Jahr meiner Kinder Vormund ſeyn: oder, *Titius* ſoll meiner Kinder Vormund ſeyn, wenn er keine Kinder erzeugen wird; ſo muß alsdenn derſelbe nach verfloſſenen 5. Jahren, oder wenn er Kinder erzielet, die Vormundſchaft aufgeben, quia tum venit dies, vel conditio exiſtit.

§. 262. Der fünfte modus, durch welchen die Vormundſchaft geendiget wird, iſt excuſatio tutoris, und der ſechſte iſt remotio ſuſpecti tutoris. §. *ult. Inſt. h. t.* Und von dieſen modis ſolte auch wohl hier etwas geſaget wer-

den, weil aber dieſe modi den tutoribus und curatoribus gemein ſind, und beide ſich von der Vormundſchaft loswircken, beide auch als ſuſpecti removirt werden können: ſo hat *Tribunianus* dieſe Abhandlung in die letzten Titel dieſes Buchs gebracht, daher wir auch die umſtändliche Ausführung derſelben bis dahin verſparen wollen.

§. 263. Nunmehro iſt noch eine wichtige Frage abzuhandeln übrig: Quidnam incumbat tutori finita tutela? Wir antworten darauf: Es iſt derſelbe alsdenn ſchuldig und gehalten von ſeiner geführten Vormundſchaft Rechnung abzulegen. Dieſes flieſſet aus der Eigenſchaft der Vormundſchaft. Datur enim tutor primario perſonæ, ſecundario autem rei. (§. 206.) Wer nun res alienas verwaltet, derſelbe iſt auch ſchuldig Rechnung zu thun; nun aber verwaltet der Vormund res alienas pupilli: und derohalben iſt er auch ſchuldig Rechnung abzulegen. Nach den Römiſchen Rechten muß die Ablegung der Rechnung nicht eher geſchehen, als die Vormundſchaft geendiget wird. L. 9 §. 4. D. *de tut. & rat. diſtrah.* Wovon die Urſache iſt, weil die Verwaltung der Sachen des pupilli nicht eher aufhöret. Wir wollen aber den Fall ſetzen, daß der Vormund keine Rechnung thun will, quær. was iſt alsdenn dabei zu thun? Wir antworten darauf, daß in dieſem Fall die actio tutelæ ſtatt finde, deren Grund darin beſtehet, daß hier ein Contrakt ſich zwiſchen dem Vormund und dem pupillo findet Es iſt aber dieſe actio tutelæ mit den actionibus de ſuſpectis tutoribus, und de rationibus diſtrahendis nicht zu vermiſchen. Denn dieſe ſind ſowol der Zeit nach, da ſie können angeſtellet werden, als auch dem Endzweck nach, auf welchen ſie gehen, von einander ſehr unterſchieden. Denn die actio de ſuſpectis tutoribus wird angeſtellet noch währender Vormundſchaft, wenn der Vormund dieſelbe nicht getreulich und ehrlich verwaltet: da hingegen die actio tutelæ erſt ſtatt findet, wenn die Vormundſchaft geendiget, und noch keine Rechnung abgeleget iſt, oder auch, wenn ſolches zwar geſchehen, aber betrüglicher Weiſe. Der Endzweck der erſten Klage iſt, daß der Vormund von Verwaltung der Vormundſchaft ſoll removirt werden: der Endzweck der andern aber beſtehet darin, daß der Vormund Rechnung ablegen ſoll. Endlich iſt der Endzweck der dritten Klage, daß die gethane Rechnung ſoll unterſucht werden, und wenn der Vormund auf den fahlen Pferde angetroſen wird, daß er etwas unterſchlagen hat, ſolches gedoppelt erſetzen ſoll. Wir haben hierbei zu mercken, 1) dieſe actio entſtehet ex quaſi contractu, aus welchen der Vormund verbunden wird, Rechnung abzulegen: der pupillus aber gehalten iſt, den Vormund ſchadlos zu halten. Es iſt aber dieſelbe zweierlei, vel directa, vel contraria, und entſtehen beide aus den LL. XII. *Tabb.* nach welchen es hieß: *ſi tutor dolo malo gerat, vituperato, quandoque finita*

tu-

tutela eſcit, furtum duplione luito. L. 55. §. 1. D. *de admin. & per. tut.* IACOBVS GOTHOFREDVS *d.* XII. *Labb.* tab. VII. Durch dieſe Worte wird die actio tutelæ implicite mit begriffen. Denn wenn ob furtum tutoris nur ad duplum kan geklaget werden: ſo folget daraus, das ſonſt in ſimplum geklaget werden kan, welches nichts anders iſt, als die actio tutelæ. Actio tutelæ directa eſt actio perſonalis bonæ fidei §. 28. *Inſt. de Act.* competens pupillo finita tutela eiusve heredibus adverſus tutores, ad rationes reddendas, reſtituendaque reliqua, damnumque, culpa vel lata, vel levi, vel aliquando leviſſima datum, reſarciendum. Aus dieſer definition leget ſich zu Tage, daß der Vormund actione tutelæ, durante adhuc adminiſtratione, nicht kan belanget werden. L. 9. §. 4. D. *de tut. & rat. diſtrab.* Es iſt auch nichts daran gelegen, es mag ein Vormund, oder mehrere ſeyn, ſo können dieſelben doch belanget werden. Wenn mehrere geweſen ſind, ſinguli tenentur in ſolidum, iedoch, wenn ſie alle ſolvendo ſind, ſo haben ſie das beneficium diviſionis. L. 55. D. *de admin. & per. tut.* L. 2. *Cod. de diſſid. tut.* Wenn der Vormund belanget worden, muß er alsdenn ein inventarium verfertigen L. 1. §. 3. D *de tut. & rat. diſtrab.* Die Rechnung muß ſpecifice und nicht in ſolle geſchehen. L. 82. L. III. D. *de condit. & demonſtrat.* Und wenn der Vater auch die Rechnung ausdrücklich ſolte verboten haben: ſo iſt nichts deſtoweniger der Vormund ſchuldig und gehalten, privatim, und zwar auch ſpecifice Rechnung abzulegen. L. 9. D. *de liberat. leg.* Es muß auch dieſe actio in foro geſtæ adminiſtrationis angeſtellet werden. L. 1. 2. *Cod. ubi de ratiocin.* Dieſes aber kan alsdenn nicht geſchehen, wenn viele, die an unterſchiedenen Orten wohnen, die Vormundſchaft verwaltet haben: denn alsdenn muß die Rechnung in foro omnium communi abgeleget werden L. 5. *Cod. de tutel. & rat. diſtrab.* Heut zu Tage iſt der Vormund gehalten, alle Jahr, und hernach, ehe die Vormundſchaft zu Ende gehet, die Rechnung abzulegen, welches durch den Reichs-Abſchied vom Jahr 1574. Tit. von Vormundſchaften. §. 2. verordnet worden. Daß dieſes aus der Ober-Vormundſchaft der Obrigkeit herzuleiten ſey, ſolches haben wir in unſerer diſſertation *de ſuprema principum & magiſtratuum tutela*, gezeiget. In der definition iſt geſetzet worden, daß der Vormund den Schaden, der per latam eius culpam verurſacht worden, erſetzen müſſe. Denn es iſt der analogiæ iuris gemäß, ut tutor latam culpam præſtet, quia gratuitum eſt hoc munus. Daraus inferirte man, tutorem non præſtare culpam leviſſimam L. 1 *pr.* D. *de tut. & rat. diſtrab.* L. 7. *Cod. arbitr. tut.* niſi oblata contutoribus ſatisdatione adminiſtrationem ſibi ſponte vindicarit. §. 1. *Inſt. de ſatisd. tut.* Ferner ſchloſſen ſie daraus: ut heredes non culpam levem, ſed tantum dolum, laramque culpam defuncti tutoris præſtent. L. 1. *Cod. de hered. tut.* Wir müſſen aber auch ſehen, was

actio

actio tutelæ contraria sey? Wir sagen: actio tutelæ contraria est personalis, bonæ fidei, finita tutela competens tutori, eiusve heredi, adversus pupillum ad consequendam indemnitatem. Denn es ist nicht genug, daß der Vormund Rechnung ablegen muß, sondern er muß auch schadlos gehalten werden, und deswegen hat er, eben actionem tutelæ contrariam. Dahero kan er durch diese Klage dasjenige, suchen, quod in rem pupilli utiliter impendit L. 1. §. 4. L. 3. pr. §. 8. D. *de contr. tut. & util act.* 2) Ist zu mercken, daß die actio directa infamire, wenn der Vormund propter dolum aut latam culpam condemnirt wird. L. 1. D. *de his, qui not. infam.* Denn iemehr man Vertrauen auf denjenigen setzet, welchen man zum Vormund bestellet, ie grösser und schändlicher ist alsdenn auch der Betrug, womit ein solcher den Unmündigen hintergehet: und dahero ist es billig, daß ein solcher mit allem Recht ehrlos wird. Es haben aber alle actiones, welche aus der Vormundschaft herfliessen, diese Eigenschaft, daß wenn der tutor propter dolum condemnirt wird, dieselben ehrlos machen. Denn es ist der contractus tutelæ ein contractus infamans. L. 1. D. *de his, qui notantur infamia.*

§. 264. Wir müssen noch etwas von dem Gebrauch dieses Titels beibringen, welcher nicht kan geläugnet werden. Denn alle modi, wodurch die Vormundschaft kan geendiget werden, sind noch heut zu Tage im Gebrauch, ausgenommen die capitis deminutio maxima & media. Es ist auch heut zu Tage die actio tutelæ noch angenommen. Aber dieses ist etwas besonders, 1) daß an den meisten Orten die Vormundschaft geendiget wird, wenn der pupillus das vierzehente Jahr zurück geleget hat, doch aber setzet der Vormund unter dem Namen eines Curatoris die Verwaltung fort, bis der Unmündige maiorenn ist. Und so verhält es sich fast bei allen Teutschen Völckern. Daher hat der ehemalige berühmte Rechtsgelehrte in Wittenberg D. 10. GEORGE BEIER in einer besondern dissertation, *de differentia tutorum & curatorum iure Germanico ignota*, ausgeführet, daß die Teutschen von dem Unterschied inter tutores & curatores nichts gewust haben. 2) Ist auch dieses etwas besonders, daß in gantz Teutschland nach Maasgebung des Reichs-Abschiedes, welcher die Reichs-Policei-Ordnung genennet wird *Tit. XXXI.* die Vormünder nicht erst nach abgelegter Vormundschaft, sondern jährlich Rechnung ablegen müssen, welches die Obrigkeit eines ieden Orts zu urgiren pfleget: obgleich keine actio tutelæ angestellet wird, welche auch ein Unmündiger deswegen nicht anstellen kan, quia non habet personam standi in iudicio. Die übrigen Sachen, von welchen ist geredet worden, haben heut zu Tage noch ihren Nutzen.

Tit.

Tit. XXIII.
De Curatoribus.

§. 265.

Was bishero iſt vorgetragen worden, hat nur einzig und allein die tutelam betroffen. Jetzo folget die Curatio oder Curatela, von welcher wir ebenfalls umſtändlich handeln wollen. Curare und procurare werden öfters als Synonima gebraucht, auf eben die Art, wie Curator und procurator. Curare und procurare heiſſet ſo viel, als aliena negotia adminiſtrare, vel bonorum alterius curam ſuſcipere. Z. E. bei PLAVTO *in Epidic. Act. I. Scen. II. v.* 27.

Quod ad me attinuit, ego curavi: quod mandaſti mihi

und in *Moſtell. Act. I. Scen. I. v.* 24.

Haeccine mandavit tibi, quum peregre hinc iit ſenex?

Hoccine modo hic rem curatam offendet ſuam?

Daher hat der Herr BYNCKERSHOEK *lib. II. Obſerv.* c. 20. angemercket, daß die procuratores Cæſaris bisweilen auch curatores Cæſaris genennet worden ſind. add. L. 1. *Cod. ſi tut. & curat. inter.*

§. 266. Aus der Bedeutung dieſes Worts flieſſet die definitio curatelæ. Dieſe iſt folgende: Curatela eſt poteſtas adminiſtrandi bona & rem familiarem eorum, qui rebus ſuis ipſi ſupereſſe nequeunt. L. 20. D. *de rit. nupt.* L. 8. *Cod. de nupt.* Dieſes iſt 1) keine poteſtas adquiſitiva, welche der Vater bei dem Sohn, und der Herr bei dem Knecht hat: ſondern es iſt eine poteſtas directiva, welche allen, die nicht ihre eigene, ſondern anderer Leute ihre Sachen verwalten, zuſtehet. 2) Haben wir in der definition geſagt: adminiſtrandi bona & rem familiarem. Denn gleichwie der Vormund die Perſon des Unmündigen beſchützet, und daher die tutela genennet wird, vis ac poteſtas ad tuendum eum, qui per ætatem ipſe ſe ſponte defendere nequit. L. 1. D. *de tut.* Alſo iſt die curatela poteſtas adminiſtrandi res alienas & pupillorum. Denn bisweilen wird auch nicht einmal ſecundario auf die Perſon geſehen. Z. E. Wenn einer viele Schulden gemacht hat, und es entſtehet ein concurſus creditorum: ſo wird ein curator bonorum geſetzet, per L. 1. D. *de curat. bon. dand.* Wir haben 3) in der definition noch hinzugefüget, qui rebus ſuis ipſi ſupereſſe nequeunt. Dahero werden die curatores denjenigen gegeben, qui quidem plenæ ſunt perſonæ & perfectæ. i. e. puberes: die aber wegen einer gewiſſen Verhinderung ihre Sachen nicht ſelbſt verwalten

können, wozu die minorennes, furioſi, prodigi, perpetua valetudine oppreſſi & abſentes gezählet werden. In Sachſen und auch an hieſigen Orten werden auch den Weibes-Perſonen curatores beſtellet, wovon wir in unſerer diſſertation, *de marito tutore & curatore uxoris legitimo* ausführlich gehandelt haben.

§. 267. Aus dieſer von uns beigebrachten definition erhellet von ſelbſt, was vor ein Unterſchied ſich inter tutorem & curatorem findet. Wir erſehen daraus 1) quod tutor primario perſonæ detur, ſecundario rebus. Curator contra primario rebus, ſecundario perſonis. (§. 20. II.). Denn ein pupillus iſt gleichſam nur eine halbe Perſon, und daher muß dasjenige, was ihm fehlet, per tutorem eiusque auctoritatem erfüllet werden. Wer aber pubertatem erreichet hat, der iſt plena ac perfecta perſona, adeoque non opus eſt, ut ſupplementum accedat per tutorem. Weil doch aber einer, der ſchon pubes iſt, nicht allezeit ein guter Haus-Vater iſt; ſo muß man demſelben einen Curator geben, welcher die Güter verwaltet, und Sorge trägt, daß dieſelben nicht beſchädiget werden: ob er gleich auch ſecundario der Perſon Beiſtand leiſtet. Eine Ausnahme findet ſich hier bei dem curatore furioſi, welcher primario der Perſon gegeben wird, und daher geſtraft werden kan, wenn er in Führung ſeines Amts ſich ſaumſelig erzeiget hat. L. 14. D. *de offic. Præſid.* So folget auch 2) daraus: Tutor interponit auctoritatem, quia veluti perſonam auget, & defectum impubertatis ſupplet. L. 32. §. 2. D. *de adquir. vel amitt. poſſeſſ.* Curator autem, quia palam perſonæ nihil deeſt, non auctoritatem, ſed conſenſum interponere dicitur. Daher auch in den Pandekten *Titulus VIII. Libri XXVI.* überſchrieben wird, *de Auctoritate & conſenſu tutorum & curatorum.* Woraus wir zugleich erſehen, daß auctoritas für die tutores, conſenſus aber für die curatores gehöre. Endlich folget 3) daraus, ut & tutorem habenti dari poſſit curator. Denn wer einen Vormund hat, dem kan kein anderer Vormund gegeben werden, nach der Rechts-Regel, tutorem habenti tutor non datur. Aber es gehet doch an, daß demjenigen, welcher einen Vormund hat, ein Curator kan geſetzet werden. Z. E. Wenn der Vormund mit ſeinem Unmündigen eine Klage bekömmt: ſo wird inzwiſchen ein Curator in litem gegeben, quia tutor in rem ſuam auctor fieri nequit. L. 27. D. *de lit. tut.* L. 21. §. *ult.* D. *de excuſ.* L. 39. §. 8. D. *de admin. tut.* L. 17. D. *de tut.* L. 15. D. *de tut. dat.* Es kan auch geſchehen, daß ein tutor legitimus die Vormundſchaft nicht gut verwaltet: damit er alſo nicht möge removirt, und an ſeinen Ehren anrüchtig werden, ſo wird ihm ein Curator beigefüget. (§. 305.)

§. 263. Nachdem wir dieſes zum voraus geſetzet haben: ſo müſſen wir nunmehro ſehen, wie vielerlei die curatela ſey? Wir haben oben (§. 207-209.) die

die tutelam eingetheilet, in teſtamentariam, legitimam & dativam: dahero wird gefragt: ob es eben ſo viel ſpecies curatelæ giebt? Dieſe Frage muß billig verneinet werden: denn es giebt zwar eine curatela legitima, welche den proximis agnatis und cognatis übergeben wird; es giebt auch eine curatela dativa, welche von der Obrigkeit verordnet wird: aber von der teſtamentaria curatela wiſſen wir nichts. Denn 1) lieſſen zwar die LL. XII. *Tabb.* den Eltern zu, daß ſie konten teſtamenta de tutela ſuæ rei machen, (§. 208. und VLPIANI *Fragm. Tit.* XI. §. 14.). Dieſes gieng aber nicht an de curatela ſuæ rei. 2) Schiene es abgeſchmackt zu ſeyn, wenn der Vater hätte eine Verordnung machen wollen, de curatela in id tempus, quo filius ipſe condere poſſet teſtamentum. Denn gleichwie die pupillaris ſubſtitutio nicht mehr angehet, wenn der Sohn die annos pubertatis erreichet hat, weil der Vater dem Sohne keinen Erben auf die Zeit ſetzen kan, da er ſelbſt im Stande iſt ein Teſtament zu machen, und ſich einen Erben zu ſetzen. L. 14. D. *de vulg. & pup. ſubſt.* Alſo kan der Vater dem Sohne zwar einen Vormund bis auf die annos pubertatis ſetzen, ſolches aber gehet nicht an, daß er einen curatorem nach den annis pubertatis beſtellen kan, weil der Sohn alsdenn ſelbſt das Vermögen hat, ein Teſtament zu machen. Und daher kan die väterliche Vorſorge nicht ſo weit ausgedehnet werden. Es iſt aber die curatela vel legitima, vel dativa. Legitima iſt, welche den nächſten Agnaten ex lege zuſtehet, und dieſe findet bei furioſis und prodigis ſtatt. Dativa iſt, welche von der Obrigkeit übertragen wird, und dieſe geſchiehet bei den minoribus, bei beſtändig krancken Perſonen, oder Abweſenden, welche wir hier alle zugleich haben begreifen wollen, obgleich (§. 273.) erſt davon in unſern Buche gehandelt wird. Die erſte ſpecies curatelæ legitimæ iſt die curatela furioſorum. Denn in den LL. XII. *Tabb.* ſtunde: *Si furioſus aut prodigus exiſtat, aſt ei cuſtos nec eſcit, agnatorum gentiliumque in eo pecuniave eius poteſtas eſto.* CICERO *lib. III. Quæſt. Tuſculan.* c. XI. *lib. II. de invent. c. 50.* Wiewohl auch wahrſcheinlich iſt, daß dieſe Weiſe den Römern ſchon bekannt geweſen, ehe ſie die Geſätze der zwölf Tafeln bekommen haben. Denn in L. 1. D. *de curat. furioſ.* und in PAVLLI *Recept. Sentent. lib. III. Tit. IV.* wird die curatio furioſorum & prodigorum der Gewohnheit zugeſchrieben. Weil nun dieſes von keiner Gewohnheit kan verſtanden werden, welche erſt nach dieſer Zeit angenommen worden: ſo müſſen gewißlich ſchon den furioſis zu Zeiten der Römiſchen Könige curatores ſeyn geſetzet worden. SCHVLTING *ad* PAVLLVM *l. c.* p. 341. Inzwiſchen haben wir oben (§. 220.) erkläret, welche agnati und gentiles ſeyn, wovon wir ietzo keine weitläuftige Wiederholung machen wollen. Es iſt genug, daß wir ſagen, daß die agnati und gentiles die curatelam legitimam eines furioſi übernehmen. Wenn alſo ei-

ner unſinnig wird, demſelben wurde der Bruder zum Curator beſtellet: wenn er keinen Bruder hat, übernimmt die Curatel des Vaters Bruder: und wenn auch dieſer nicht vorhanden, übernehmen die remotiores agnati die Curatel, wie wir oben bei der tutela legitima agnatorum (§. 220. 221.) gezeiget haben, alwo auch zugleich angemercket worden, daß heut zu Tage, nach Maasgebung der *Nov.* 118. c. 4. der Unterſchied inter agnatos & cognatos aufgehoben iſt: und daher können nicht allein jene, ſondern auch dieſe zu der Curatel gezogen werden. Es giebt einige Rechtsgelehrte, welche vorgeben, daß heut zu Tage die curatela legitima nicht mehr im Gebrauch ſey, weil in L. 6. und L. 13. D. *de curat. furioſ.* geſaget wird, daß die Obrigkeit den furioſis cauſſa cognita curatores beſtelle. Daher machen ſie dieſen Schluß; wenn die Obrigkeit den furioſis curatores beſtellet: ſo ſind dieſelben keine curatores legitimi, ſondern dativi. Allein es lieget auch darauf die Antwort in L. *cit.* 13. D. *de curat. furioſ.* alwo geſagt wird, daß der Prætor die nächſten Anverwandten, welche zu Uebernehmung der Curatel geſchickt ſind, nicht leichtlich übergehen werde. Und dahero haben wir allerdings eine legitimam curatelam, α) weil dieſelbe aus den LL. XII. *Tabb.* herflieſſet, und β) weil ſie denjenigen zuſtehet, welchen das Geſätz die Erbſchaft ab inteſtato überläßt. Daher kam bei den Römern das Sprüchwort: *ad agnatos & gentiles.* CATO *de re ruſtica. c. 5.* welches ſo viel ſagen wolte, daß einer nicht wohl bei Verſtande wäre, und dahero der Curatel der Anverwandten übergeben werden ſolte. Daß man aber nach den neuen Rechten von Seiten der Obrigkeiten angefangen hat, den furioſis nach vorhergegangener Unterſuchung Curatores zu beſtellen: ſo iſt ſolches deswegen geſchehen, weil öfters die nächſten Anverwandten nach den Gütern ſtunden, und einen für unſinnig ausgaben, damit ſie unter dieſem Vorwand die Güter als tutores legitimi an ſich bringen möchten. Es findet ſich davon ein gar artig Exempel bei PLAVTO *in Menæch. Act. V. Scen. II.* v. 75. ſeqq. alwo ein Weib und ihr Vater, *Menæchmum Soſiclem*, pro furioſo halten, da doch derſelbe mehr als zu klug war: daher ſie denn auch befohlen, daß derſelbe muſte zum Artzt hingeführet werden, um ihn daſelbſt heilen zu laſſen, da er doch viel klüger, als der Herr Artzt ſelber war. Damit nun niemand möchte hintergangen werden: ſo verſprach zwar der Prætor, daß er die nächſten Anverwandten zu der Curatel laſſen wolte, aber erſt nach vorhergegangener rechtlichen Erkänntniß, damit man erfahren möchte, ob dieſer oder jener Menſch, deſſen Curatel geſucht wird, wircklich ein Narr ſey, oder nicht.

§. 269. Nunmehro folget die andere ſpecies curatelæ legitimæ, nemlich der prodigorum: denn dieſe waren ebenfals ſub curatela agnatorum, wie die furioſi, weil von dieſen geſaget wurde, eos furioſum rerum ſuarum facere

cere exitum. L. 12. §. 2. D. *de tut dat* Daher wird alles dasjenige, welches (§ 268.) geſaget worden, hier zu wiederholen ſeyn. Auch dieſe curatela kömmt ebenfals ex LL. XII. *Tabb.* her, nicht als wenn darin derſelben ausdrückliche Meldung geſchehen, ſondern daß dieſelbe per interpretationem extenſivam von den Rechtsgelehrten daraus gezogen worden. Die Rechtsgelehrten glaubten, daß ratione oeconomiæ kein Unterſchied inter furioſum & prodigum ſey. Weil nun den furioſis deswegen ein curator geſetzet wurde, weil ſie ihre Sachen verſplitterten und vernichteten; ſo haben ſie dafür gehalten, daß auch den prodigis curatores müſten geſetzet werden, nach der bekannten Rechts-Regel: ubi eadem eſt ratio, ibi eadem iuris diſpoſitio eſſe debet. Wir müſſen aber hier zeigen, quinam ſint prodigi? Wir antworten darauf, daß man einen Unterſchied machen müſſe inter prodigos iuridice & moraliter tales. Moraliter heiſſen prodigi diejenigen, bei welchen es heiſſet: alles verfreſſen und verſoffen vor ſeinem End, macht ein richtiges Teſtament. Aber in dieſem Verſtande wird hier das Wort nicht genommen. Denn wenn alle prodigi dieſer Art ſolten curatores bekommen: ſo wäre zu beſorgen, daß nicht genug Leute vorhanden ſeyn würden, welche man zu Curatoribus beſtellen könte. Im rechtlichen Verſtande werden prodigi genennet, quibus a prætore bonis eſt interdictum. Denn wenn der Prætor nach rechtlicher Erkänntniß befand, daß einer prodigus wäre: ſo gab er ein Decret darüber. VLPIANVS *Tit. XII. Fragm.* §. 2. Und HORATIVS *Sat. II. 3.* redet davon alſo:

- - *Interdicto huic omne adimat ius*
Prætor, & ad ſanos abeat tutela propinquos.

Die Formel des Decrets, welches der Prætor gab, iſt uns von IVLIO PAVLLO *lib. III. Recept. Sent. Tit. IV.* §. 7. aufbehalten worden, und lautet alſo: Quando tibi bona paterna aviaque nequitia tua diſperdis, liberosque tuos ad egeſtatem perducis: ob eam rem tibi ea re commercioque interdico. So bald als dieſes geſchehen war, ſo bald übernahmen die agnati, und in Ermangelung dieſer, die gentiles, die curatelam furioſi, wovon SENECA *lib. III. Controv. III. præf.* DIO CASSIVS *lib. LVII. Hiſt. Impp.* p. 710. VALERIVS MAXIMVS *lib. III. ex. 5. lib VIII. ex. 6.* Exempel anführen.

§. 270. Die dritte ſpecies curatelæ iſt die curatela dativa: und da kommen die minores vor, welchen curatores geſetzet werden. Daher wird gefragt: ob auch in den LL. XII. *Tabb.* befohlen worden, daß die minores curatores bekommen ſollen? Dieſe Frage müſſen wir verneinen aus zweierlei Urſachen. Und zwar 1) weil zu der Zeit, da die LL. XII. *Tabb.* gemacht worden, die Römer eine gantz andere Lebens-Art führten, die Jünglinge nicht verſchwenderiſch waren, und man ihnen auch daher keine curatores

zu ſetzen für nöthig fand, welches ſich aber in den folgenden ſchlimmen Zeiten gantz anders verhalten hat. 2) So dann gieng es auch nicht an, daß man curatores den minoribus ſetzte, weil nur den furioſis und prodigis curatores gegeben wurden. Denn die curatela ſchiene einigermaſſen ſchändlich zu ſeyn, und dahero wolten die alten Geſätzgeber der Achtbarkeit und Ehre freier Leute ſchonen, und ſie nicht mit den furioſis und prodigis in gleiche Claſſe ſetzen. Und davon wird in L. 2. D. *ſi a par. quis manumiſſ.* geſaget: *iniquum eſſe ingenuis hominibus non eſſe liberam rerum ſuarum alienationem.* Und alſo bekam auſſer den furioſis und prodigis niemand wider ſeinen Willen einen Curator; ja man ſetzte nicht einmal den minoribus curatores, ob ſie gleich in dieſem Alter lubricum ac infirmum iudicium hatten. Es hätten inzwiſchen die Römer dieſes incommodum vermeiden können, wenn ſie ein anderes Wort hätten gebrauchen wollen. Alſo haben die Weiber an einigen Orten keine curatores, und doch ſind ſie gehalten in Wechſel Sachen einen Adſiſtenten anzunehmen: beſiehe die Preußiſche Wechſel-Ordnung. c. 8.

§. 271. In den folgenden Zeiten haben die Römer dafür gehalten, daß dem gemeinen Weſen daran gelegen ſey, daß man den minoribus, welche gar leicht irren, und betrogen werden können, zu Hülfe käme. Und daher wurde der *Lex Lætoria* gegeben, welches noch vor den Zeiten PLAVTI geſchehen ſeyn muß, als deſſen derſelbe in *Pſeud. Act. I. Scen. III. v 68.* gedencket, und denſelben *legem quinavicennariam* nennet. So gedencket auch deſſelben CICERO *lib. III de offic.* c. 15. In dieſem Geſätz wurde verordnet: *ut adoleſcentibus XXV. anni minoribus diſſolutis, laſcivis ac ad luxum proclivibus curatores, cauſſa cognita darentur.* Davon ſchreibet IVLIVS CAPITOLINVS *in Marco Antonino* c. 10. *de curatoribus vero, quum ante nonniſi ex Lege Lætoria, vel propter laſciviam, vel propter dementiam, darentur, ita ſtatuit, ut omnes adulti curatores acciperent, non redditis cauſſis.* Deinde & eadem lege vindicabatur circumſcriptio adoleſcentum, reſciſſis fraudibus verſutorum hominum, qui lucrum aliena ex imbecillitate captabant. Wovon CICERO *de Offic. c. l.* handelt. Endlich wurden auch durch dieſen *Legem Lætoriam* die ſtipulationes junger Leute, und die actiones der Gläubiger gegen die minores aufgehoben. Daher der Jüngling *Callidorus* bei PLAVTO *l. c.* ſaget:

Perii, an non tum lex me perdit quinavicennaria?
Metuunt credere omnes.

Siehe hiervon BRISSONIVM *lib. III. Antiq. Select.* c. 46. Von dieſer Zeit an, da nur den minoribus laſcivis und dementibus curatores beſtellet wurden, und auch die Achtbarkeit der Jünglinge nach gegebenen *Lege Lætoria* beleidi-

get

get wurde; ſo verſprach der Prætor, daß er die minores in integrum reſtituiren wolte, *quoties lubrico ætatis capti eſſent:* (welche Rechts-Wohlthat tutela minorum genennet wird. L. 1. *pr.* D. *de min.*) ſondern er verſicherte auch, daß er den Jünglingen curatores ſetzen wolte, wenn ſie darum anhalten würden. L. 13. §. 2. D. *de tut. & curat. dat.* Daher denn die curatela minorum eigentlich aus dem Edicto Prætoris herzuleiten iſt. Ebenfalls gab der Prætor den libertinis prodigis curatores, wie auch den ingenuis, welche aus dem väterlichen Teſtament Erben geworden waren, und ihre Güter durchbrachten, weil dieſen ex lege kein curator konte gegeben werden, ſondern nur demjenigen, welche ab inteſtato ihres Vaters Erben geworden waren. VLPIANVS *in Fragm. Tit. XII.* §. 3. Und auf dieſe Art muß der Lex XII. *Tabb.* verſtanden werden, wie dieſes IACOBVS GOTHOFREDVS *ad XII. Tabb. Probat. Tab. V.* p. 98. wohl angemercket hat. Endlich kam der Keiſer *Marcus Antoninus Philoſophus*, und verordnete, daß alle minores, ſalva exiſtimatione curatores haben ſolten, nicht zwar als dementes, oder laſcivi, ſondern als minores, wovon wir kurtz vorhero die Stelle aus *Iulio Capitolino* angeführet haben. Dadurch aber hat gedachter Keiſer die minores nicht gezwungen, curatores anzunehmen, ſondern er hat nur die infamiam aufgehoben, welche die minores zu betreffen ſchiene, die da curatores erhielten, welches aus den Worten CAPITOLINI: *cauſſis non redditis*, zu ſchlieſſen iſt. OISELIVS *ad* CAII *Inſtit.* pag. 66.

§. 272. Es entſtehet aber hierbei kein geringer Zweifel. Denn alle Jünglinge erhielten nach der Satzung des Keiſers *Antonini*, curatores, und gleichwol ſaget der Keiſer IVSTINIANVS §. 2. *Inſt. h. t. Eos non invitos accipere curatores, ſed petentes*, quod & reperitur in L. 13. §. 2. D. *de tut. & curat. dat.* L. 2. §. *penult. & ult.* D. *qui pet. tut. & curat.* Allein wir antworten darauf, daß beides mit einander gar wohl beſtehen könne. Denn es werden den minoribus nicht eher curatores geſetzet, als bis ſie ſelbſt ſich welche ausbitten, und verlangen: da hat aber der Keiſer, *Marcus Antoninus*, ein ſchönes Mittel ausfindig gemacht, um die minores zu zwingen, daß ſie ſelbſt um die curatores anhalten müſſen. Denn ſie bekommen nicht eher die Verwaltung ihrer Güter, und die Vormundſchaft wird auch nicht eher für geendiget gehalten, als bis ſie ſich curatores ausbitten. L. 1. §. *ult.* D. *de minor.* L. 28. §. 1. L. 31. L. 33. §. 1. D. *de admin. tut.* Wenn alſo die jungen Leute, welche die annos pubertatis erreichet hatten, der Vormundſchaft entlediget ſeyn wolten: ſo muſten ſie um curatores anhalten. Et ſic fit, ut curator detur petentibus iuvenibus, ſed tamen etiam omnibus. Es iſt dieſes ſehr wohl in Obacht zu nehmen, weil IACOBVS RÆVARDVS *Lib. I. Var.* c. 17. ANTONIVS MATTHÆI *in Notis ad tit. Inſtit. de Curat.* §. 2. und THOMASI-

MASIVS *in Not. ad Inſtit. h. t.* wie auch andere mehr *Tribunianum* läſterlich herunter machen, daß er geſchrieben: *adoleſcentes accipere curatores non invitos*, gleichſam als wenn nicht wahrſcheinlich wäre, daß *Tribunianus* die Rechte, die zu ſeiner Zeit im Schwange gegangen, verſtanden habe, daß er nicht einmal gewuſt, an curatores omnibus adoleſcentibus dentur, nec ne? id quod ſane hodie ne ſtupidiſſimus quidem Notariorum ignorat, an Tribuniano ignoratum fuiſſe dicamus. So hat auch Hr. HVBER *in Prælect. ad Inſtit.* §. 1. uns hier einen Einwurf gemacht, und den L. 7. §. 2. D. *h. t.* und L. 3. *Cod. de reſt. in integr.* angeführet, aus welchen er erzwingen will, daß den minoribus keine curatores geſetzet würden, weil in denſelben einiger minorum gedacht würde, qui ſine curatoribus fuerint. Allein wir antworten darauf: id, quod de facto fit, non ſtatim ad ius trahendum eſt.

§. 273. Weil dieſer Sphus ſchon oben (bei dem §. 268.) ausführlich iſt erkläret, und das nöthige, was davon kan geſagt werden, beigebracht worden: ſo würde es überflüßig ſeyn, wenn wir dieſes Gerichte hier wieder aufſetzen wolten. Wir übergehen alſo hier dieſen Sphum gefliſſentlich, und wenden uns ohne einigen weitern Umſchweif zur Erklärung des folgenden.

§. 274. Es iſt nun noch übrig, daß wir ſehen: α) Quis curatores conſtituat? β) Quomodo curatela finiatur? γ) Quæ actio adverſus curatores detur finita curatela? δ) Quid ſit actor, & quomodo a curatore differat? Was die erſte Frage betrift: Quis curatores conſtituat? ſo mercken wir hierbei folgende Regel: Curatores dant, quicunque dant tutores. Daher ſetzten ehemals in der Stadt Rom die Prætores cum maiore parte tribuiorum plebis curatores; in den Provinzen aber geſchahe dieſes von den Præſidibus. Hernach wie dieſe Gewalt andern Obrigkeiten per ſpecialem legem gegeben wurde, wie wir oben (§. 246.) ausgeführet haben: ſo ſetzten dieſelben gleichfals curatores. Eben daraus leget ſich zu Tage, daß alle diejenigen, welche das munus tutelæ verwalten können, auch die Curatel zu übernehmen geſchickt ſind: und daher werden auch nicht die filiifamilias davon ausgenommen, wenn ſie nur maiorennes ſind. Hierbei iſt nöthig eine Frage zu erörtern, welche darin beſtehet: an qui tutor ſit, etiam cogi queat, ut curatelam ſuſcipiat? Dieſe Frage wird in §. 18. *Inſt. de excuſat. tut. vel curat.* ausdrücklich geläugnet, und zwar aus dieſer Urſache, quia incivile foret, amicum duplici onere gravare. Allein heut zu Tage iſt an allen Orten angenommen, daß derjenige, welcher tutor geweſen iſt, auch die Curatel fortſetzen muß, bis der minor die völlige Majorennität erreichet hat.

§. 275. Was die andere Frage betrift: quomodo curatela finiatur? ſo iſt darauf auch gar leicht zu antworten. Denn 1) von Seiten desjenigen, wel-

welchen ein Curator gegeben wird, wird die Curatel geendiget, ſo oft die Urſache hinwegfällt, wegen welcher der Curator geſetzet worden. Z. E. Es iſt einer unſinnig geworden, und man hat ihm einen Vormund geſetzet: ſo höret die Curatel wieder auf, ſo bald er von dieſer Kranckheit geheilet wird. Ferner, wenn ein prodigus einen Curator bekommen hat, ſich aber ietzo beſſert, und umkehret, wie Porcius in der Wiege, ſo fällt die Curatel wieder hinweg. Eben alſo iſt es auch bei der curatela minorum beſchaffen, denn wenn der minor die Majorennität erreichet, ſo muß die Curatel aufhören, quia ceſſante cauſſa, ceſſare quoque debet effectus. 2) Von Seiten des curatoris ſelbſt wird die Curatel geendiget, α) per excuſationem, z. E. wenn der Curator beweiſen kan, daß er in Geſchäften der Republik abweſend ſeyn müſſe, und alſo die Curatel nicht beſorgen könne. β) Per remotionem, nemlich, wenn der Curator die Curatel nicht treulich führet, und deswegen tamquam ſuſpectus removirt wird. Allein von dieſen modis finiendæ curatelæ werden wir in den letzten Titeln dieſes Buchs umſtändlich handeln. Aber, wenn erlanget einer die Majorennität? Die Majorennität wird erlanget, wenn einer das fünf und zwanzigſte Jahr zurück geleget hat. L. 3. §. 3. D. *de minor.* L. 1. §. *ult.* D. *ibid.* und dieſes iſt ebenfalls per legem Lætoriam eingeführet worden. L. 2. *Cod. Theodoſ. de donat.* Daher denn auch dieſes Geſätz von PLAVTO *quinavicennaria* genennet wird, wovon wir oben (§. 271.) die Stelle angeführet haben. Es ſcheinet aber, daß der tribunus plebis *Lætorius* mit andern die Meinung gehabt, daß das längſte Alter eines Menſchen hundert Jahre ſey, weswegen er einen Viertheil dieſes Alters der Jugend beigeleget hat, welches die ſcharfſinnige Muthmaſſung des ſel. Geh. Rath Gundlings, meines ehemaligen ſehr wehrten Freundes iſt, welche er in *Digeſtis Tit. de Minor. XXV. ann.* §. 4. 6. vorgetragen hat. Es hörte aber die Curatel auch auf, wenn der minor veniam ætatis erlangete, und dieſe Wohlthat lieſſen bisweilen die Keiſer jungen Leuten wiederfahren. Solches aber geſchahe alsdenn nicht eher, als bis die Manns-Perſonen das zwanzigſte, und die Weibes-Perſonen das achtzehente Jahr erreichet, und ein Zeugniß beigebracht hatten, daß ſie ſelbſt ihre Sachen geſchickt verwalten könten L. 2. *Cod. de his, qui ven. ætat. impetr.* Jedoch ſtunde dieſe venia ætatis gar nicht im Wege, daß ein ſolcher nicht hätte ſollen in integrum wieder reſtituiret werden können, wenn er unbewegliche Güter ſine decreto magiſtratus verkauft hatte. L. 2. *Cod. de his, qui ven. ætat. impetr.*

§. 276. Es iſt auch die dritte Frage gar leicht zu beantworten, welche war, quæ actio adverſus curatorem competat finita iam curatela? darauf antworten wir, es findet actio tutelæ ſtatt, wovon wir oben (§. 263.) geredet haben. Allein es iſt dieſes nicht die actio tutelæ directa, ſondern utilis.

Denn gleichwie der pupillus nach geendigter Vormundſchaft gegen den Vormund klaget, daß er Rechnung ablege, und das übrige herausgebe: und hingegen der Vormund wieder den Pupillen klaget, daß er ihn ſchadlos halten ſoll, wenn er etwas bei der Vormundſchaft aufgewendet hat. L. 1. *pr. ſeqq.* D. *de tutel. & rat. diſtrab.* alſo klaget auch der minorennis nach aufgehobener Curatel gegen ſeinen Curator, daß er Rechnung ablegen und das übrige herausgeben ſoll. Dagegen aber auch der Curator wieder den minorem, deſſen Sachen er verwaltet hat, klagen kan, um ſchadlos gehalten zu werden. L. 3. *Cod de arbitr. tut.* Es ſind aber dieſe letztere Dinge gar leichte zu verſtehen, aber viel wichtiger iſt die Frage, warum wir dieſe actio utilis genennet, da die andere, welche der Vormund gegen den pupillum hat, directa heiſſet? Wir müſſen alſo hier dasjenige einmal vor allemal erinnern, was öfters wieder vorkommen wird. Diejenigen actiones, welche ſelbſt aus den Worten des Geſetzes herflieſſen, die heiſſen directæ; welche aber von den Rechtsgelehrten per interpretationem extenſivam ſind erfunden worden, die heiſſen utiles, weil ſie zwar nicht aus den Worten des Geſetzes, ſondern ex ratione legis flieſſen. Welche actiones auſſer den Worten des Geſetzes von dem Prætore eingeführet wurden, die heiſſen actiones in factum. Weil nun die LL. XII. *Tabb.* zwar der actionis tutelæ ausdrücklich gedachten, von den curatoribus aber darin nichts vorhanden war: ſo haben die Rechtsgelehrten dafür gehalten, daß ſich die actio tutelæ auch für die curatores ſchicke, und haben ſie deswegen actionem tutelæ utilem genennet, nach der bekannten Rechts-Regel: ubi eadem eſt ratio, ibi eadem eſt iuris diſpoſitio.

§. 277. Hier iſt noch die vierte Frage zu erörtern übrig: Quid ſit actor, & quomodo a procuratore differat? Actor wird ſonſt derjenige genennet, welcher vor Gericht eine Klage anſtellet; allein hier wird dieſes Wort in einer gantz andern Bedeutung genommen: denn da heißt actor ſo viel als mandatarius tutoris vel curatoris. Denn gleichwie derjenige, welcher ſeine Sachen gerichtlich oder auſſer gerichtlich nicht ſelbſt führen kan, ſeine vices einem Sachwalter aufträget: alſo tragen der tutor und Curator ihre vices einem actori auf. §. *ult. Inſt. h. t.* THEOPHILVS *in Paraphraſi Inſtit. h. t.* meinet, daß die actores deswegen dieſen Namen bekommen, weil ſie ad acta beſtellet würden: allein es iſt dieſes falſch, und wir wiſſen, daß dieſelben ab agendo benennet worden, daher ſie auch von den Griechen πραγματευταὶ genennet werden. Es iſt dieſer Name von den inſtitutis domeſticis veterum auf die tutelam vicariam gezogen worden. Denn die alten Römer hatten die Gewohnheit, daß ſie einen von ihren Knechten den Haus-Sachen vorſetzten, welcher actor oder πραγματευτὴς genennet wurde. L. 8. D. *Famil. erciſc.* Dergleichen actor zu ſeyn ſtellete ſich *Leonidas* bei PLAVTO *in Aſin. Act. II. Scen. IV. v.* 53.

Nam

Nam ſi ſciet noſter ſenex, fidem huic non eſſe habitam,
Succenſeat, cui omnium rerum ipſus ſummam credidit.

So pflegten auch die Herren Knechte auf ihre Güter zu ſchicken, welche den daſelbſt befindlichen Knechten vorgeſetzet waren, und vor die Güter Sorge trugen, welche ebenfalls actores hieſſen. L. 32. D. *de pignor.* PLINIVS *lib. III. ep.* 19. Und von daher iſt dieſer Name genommen, und demjenigen gegeben worden, welcher die vices tutoris vel curatoris verwaltet. Es möchte iemand ſcheinen, als ob dieſes, was ietzo vorgetragen worden, in lauter Subtilitäten beſtünde, und nichts daran gelegen wäre, ob ein ſolcher actor oder procurator genennet würde. Allein es iſt in der That ſehr viel daran gelegen. Denn ein procurator, wie wir unten ſagen werden, wurde dominus litis, und muſte daher von dem Eigenthums-Herrn ſelbſt beſtellet werden L. 1. D. *de procurator.* Illuſtr. BOEHMER diſſert. *de dominio litis.* Nun ſind aber weder der tutor, noch Curator domini, ſondern ſie verwalten nur res alienas: dahero können ſie keine procuratores beſtellen, ſondern, wenn ſie iemand an ihre Statt verordnen, ſo wird derſelbe mit dem Namen eines actoris belegeet. Dahero mercke man folgenden Unterſchied einiger Wörter: dominus conſtituit procuratorem, univerſitas Syndicum, & tutor vel curator actorem. So legitimirt auch ein procurator ſeine Perſon durch die Vollmacht, die er von dem domino empfangen hat: der actor aber iſt einer doppelten Legitimation benöthiget. Denn er muß α) ein mandatum actorium vorweiſen, welches er von dem Tutore oder Curatore erhalten hat, und ſodann muß auch β) das tutorium, oder das Inſtrument, wodurch der Tutor oder Curator von der Obrigkeit beſtellet worden, produciret werden.

§. 278. Was den heutigen Gebrauch dieſer Lehre betrift: ſo iſt zu mercken, daß einige Dinge noch ietzo im Gebrauch ſind, andere aber in Abgang gekommen. Denn 1) machen wir heut zu Tage inter tutores & curatores keinen Unterſchied mehr. 2) Wer tutor geweſen iſt, der iſt auch mehrentheils Curator. 3) Iſt wegen der Majorennität zu mercken, daß an einigen Orten das Römiſche Recht gilt, da einer 25. Jahr alt ſeyn muß, wenn er majorenn ſeyn will, und hat man dieſes mal a propos auf die Teutſchen Fürſten angewendet, welchen man die Majorennität nicht eher zuſtehen will, als bis ſie obgedachte Jahre erreichet haben: da doch gleichwol die Churfürſten nach Inhalt der güldenen Bulle im achtzehnten Jahre majorennes werden. Weil dieſes nun einem Abentheuer ähnlich iſt, daß ein Churfürſt, welcher doch ſo groſſe und weitläuftige Staaten regieret, im achtzehenten Jahre ſchon die Majorennität erreichet: hingegen ein Reichs-Fürſt oder Reichs Graf, deſſen Staaten nicht ſo important ſind, als jene, erſt nach 25. Jahren majorenn wird: ſo hat der Herr Cantzler von LVDEWIG, in der angeführ-

ten diſſertation, *de ætate puberum atque maiorum*, den Unfug, welchen man hierin mit dem Römiſchen Recht getrieben, deutlich vor Augen geleget. Wir wollen den Fall ſetzen. Ein Churfürſt, welcher achtzehen Jahr alt iſt, wird majorenn, und übernimmt die Regierung ſeiner angeſtammten Chur Lande. Er hat aber auſſer dieſen noch einige Fürſtenthümer und Reichs-Grafſchaften, da wird gefragt, wie es in dieſen Fall ſoll gehalten werden? Da ſind nun zwar einige, welche da ſagen, ein Churfürſt, welcher achtzehen Jahr alt worden, habe die Majorennität nicht allein wegen ſeiner Chur-Lande, ſondern auch wegen anderer Fürſtenthümer und Grafſchaften erhalten. Allein man ſiehet leicht, daß ſich dieſe Leute nicht aus dem Gewirre finden können. Denn, wenn bei den Fürſten und Reichs-Grafen das 25. Jahr zum termino maioris ætatis angenommen iſt: ſo muß nothwendig daraus folgen, daß alsdenn ein Churfürſt, welcher im achtzehenten Jahre ſeines Alters wegen der Chur-Lande majorenn wird, ſolches wegen der übrigen Fürſtenthümer und Grafſchaften nicht ſeyn kan. Iſt nun aber dieſes nicht das abgeſchmackteſte Ding von der Welt? Dahero ich nochmals die angeführte diſſertation des Herrn Cantzlers von LVDEWIG will recommendiret haben. Et hæc ſufficiant de termino maioris ætatis Electorum, principum & comitum Sacri Romani imperii. Bei andern Leuten in Teutſchland, vornemlich in Ober-Teutſchland, iſt das zwanzigſte Jahr der terminus maioris ætatis. In Sachſen werden die jungen Leute im zwanzigſten Jahre majorenn. *Ius Provinc. Saxon. lib. I. art.* 42. *Ius Feudale Saxon. art.* 26. und ſo wird es auch in Beiern gehalten. *Ius Bavar. Tit. V. art.* 5. imgleichen in Butjadinger Land. ſ. Butjadinger-Landrecht *art.* 7. Endlich findet man auch daß an einigen Orten das achtzehente Jahr der terminus maioris ætatis ſey. Z. E. in Hamburg *Ius Municip. Hamb.* P. III. *Tit. VI. art.* 21. wiewol dieſes vor kurtzer Zeit durch einen Rathsſchluß geändert worden iſt. Und ſo verhält es ſich auch in Bremen, Nürnberg, Braunſchweig und Schwaben. LVDEWIG *de ætate puberum atque maiorum, cap. IV.* §. 11. ſeqq. LEIBNIZ T. III. *Script. rer. Brunſuic.* p. 439. *Speculum Suevicum* c. 321. §. *ult.* Einige Sächſiſche Rechtsgelehrten haben vorgegeben, daß in Sachſen das 21. Jahr deswegen zur Mündigkeit beſtimmet worden, weil die Sachſen eher klüger würden, als andere: aber wenn dieſes wahr wäre, ſo müſten die Hamburger, Nürnberger, Bremer, Braunſchweiger und Schwaben noch viel eher klüger werden, weil ſie im achtzehenten Jahre die Majorennität erreichen. Daß alſo dieſe angegebene Urſache nicht kan angenommen werden. Es ſind aber auch in Teutſchland einige Völcker geweſen, welche gar nicht einmal einen terminum maioris ætatis beliebet haben, ſondern dieſes dem Gutdüncken und Wohlgefallen der Obrigkeit überlaſſen wollen, ob ſie einen eher oder ſpäter der Vormundſchaft

ſchaft haben entledigen wollen. Und da finden wir, daß in Francken, Würtemberg und Zweibrücken dieſe Gewohnheit angenommen geweſen, wie dieſes der angeführte Hr. Cantzler von Ludewig, *l. c.* c. 4. §. 14. p. 80. ſeqq. ausgeführet hat. Und wir halten dieſes für eine kluge Anordnung, aus der Urſache, weil ſich die Natur gar nicht an die Jahre bindet, und manchmal bei jungen Leuten ſich mehr als eine männliche Klugheit, hingegen bisweilen bei Erwachſenen ein kindiſcher Verſtand zu Tage leget, wie dieſes ADRIAN BAILLET in dem ſchönen Franzöſiſchen Büchelgen, *de pueris ingeniorum præcocium* mit vielen Exempeln beſtärcket hat.

Tit. XXIV.

De Satisdatione Tutorum vel Curatorum.

§. 279.

Wir fahren fort zu denjenigen Sachen, welche den tutoribus und curatoribus ſonſt gemein ſind, und dieſes ſind die Satisdationes, von welchen in gegenwärtigem Titel; excuſationes, von welchen in folgenden, und das crimen ſuſpecti, von welchen im letzten Titel dieſes Buchs gehandelt wird. Wir wollen alſo im gegenwärtigen Titel zeigen, α) quid ſit ſatisdatio? (§. 279.) β) Cur tutores ſatisdent? (§. 280.) γ) Qui ſatisdent? (§. 281 - 283.) δ) Quæ ſunt huius ſatisdationis effectus? (§. 284 - 286.) Von den ſatisdationibus tutorum & curatorum war in den alten Rechten nichts verordnet: und daher findet man auch in dem gantzen Alterthum davon keine Fußtapfen. Weil doch aber die Pupillen öfters davon groſſen Schaden hatten: ſo haben die Geſätze angefangen, den Nutzen der Unmündigen durch die ſatisdationes zu befördern. Satisdare wird bisweilen generaliter, manchmal ſpecialiter, zuweilen auch ſpecialiſſime oder ſtrictiſſime genommen. In primo ſenſu generali wird ſatisdatio genennet, omnis curatio, es mag dieſelbe durch Bürgen, oder Pfand, oder durch einen Eid, oder wohl durch ein bloſſes Verſprechen geſchehen, und davon finden wir Exempel in L. 49. D. *de ſolut.* und L. 61. D. *de Verb. Sign.* Specialiter wird das Wort ſatisdatio genommen pro cautione per fideiuſſores & pignora, welche cautiones auch ſonſt idoneæ genennet werden. L. 59. §. *ult.* D. *mandat.* Specialiſſime heißt ſatisdatio, wenn durch Bürgen Cautiones gemachet werden. L. 1. D. *qui ſatisd. cog.* Und in dieſer letztern Bedeutung wird das Wort ſatisdatio hier eigentlich genommen, und dahero können die tutores

und curatores keine andere cautiones machen, als durch Bürgen. Und dieſes geſchiehet aus zweierlei Urſachen: a) iſt dieſes eine cautio prætoria, und der Prætor befielet dieſelbe zu beſtellen: alle cautiones prætoriæ aber werden durch Bürgen beſtellet, wie ſolches L. 7. D. *de prætor. ſtipul.* haben will, welcher lex verdienet wohl gemercket zu werden. b) Weil auch ungewiß iſt, quanti interſuturum ſit pupilli, i. e. quantum damnum ea illaturus ſit tutor. Dahero, wenn gleich Pfänder zur Sicherheit der Sachen des Pupilli gegeben werden, welche tauſend Thaler werth ſind: ſo wird doch dem Unmündigen mit dieſer cautione pignoratitia ſehr wenig Nutzen geſchaffet werden. Und dahero iſt nöthig, daß die cautio durch Bürgen beſtellet wird, welche auf alle Fälle Sicherheit ſtellen, und verſprechen: rem pupilli ſalvam fore. Ehe wir aber weiter gehen, ſo müſſen wir den Urſprung dieſer ſatisdationum anſehen. Es iſt dieſe ſatisdatio, von welcher wir reden, von den Römiſchen Stadt-Schultheiſſen erfunden worden, in deren Edictis die Worte ſtunden: *rem pupilli vel adoleſcentis ſalvam fore tutorem vel curatorem ſatisdare iubebo.* Von dieſer Zeit an beſtellten die tutores teſtamentarii keine Caution, weil der teſtator auf ihre Treue ein ſo groſſes Vertrauen geſetzet hatte: es wäre denn geweſen, daß ihrer viele geſetzet worden, aus welchen einer die adminiſtration ſuchte, §. 1. *Inſt. h. t.* So cavirten auch nicht die dativi, welche von den magiſtratibus maioribus cum inquiſitione geſetzet wurden: ſondern es muſten ſolches theils die legitimi tutores, theils von den dativis diejenigen thun, welche von minoribus magiſtratibus waren beſtellet worden. L. *ult. Cod. de magiſtr. conv.* Und hierher gehöret die Formel: Tutorem do, ſi ſatisdederis. Dieſes hat der Keiſer *Traianus* durch ein eintziges Senatusconſultum beſtättiget, welcher auch eine Klage gegeben gegen die Duumviros, wenn ſie nicht von den tutoribus und curatoribus cautiones gefordert, oder keine künftige Bürgen angenommen hatten. Solches zeigen die beiden Keiſer, *Diocletianus* und *Maximianus* in L. 5. *Cod. de magiſtr. conv.* an, allwo es alſo heiſſet: *In magiſtratus municipales, tutorum nominatores, ſi adminiſtrationis finito tempore non fuerint ſolvendo, nec ex cautione fideiuſſionis ſolidum exigi poſſit, pupillis quondam in ſubſidiis condemnatis nomine actionem utilem competere ex SCto, quod auctore Divo Traiano, parente noſtro factum eſt, conſtitit.* Dieſe Klage hat hernach der Keiſer *Antoninus Pius* auch auf die Erben der obrigkeitlichen Perſonen ausgedehnet, wenn ſie hierin etwas per latam culpam verſehen. L. 6. D. *de magiſtr. conv.* L. 2. *Cod. eod.* Dieſe Satisdatio geſchahe oblatis fideiuſſoribus, a quibus vel ipſe pupillus, ſi fari poſſet, vel, ſi non poſſet, ſervus ſive proprius, ſive publicus ſtipulabatur, rem pupilli ſalvam fore. VLPIANVS redet in L. 2. D. *rem pupill. ſalv. for.* davon folgender maſſen: *Si pupillus abſens ſit, vel fari non poſſit, ſervus eius ſtipula-*

pulabatur: ſi ſervum non habeat, emendus ei ſervus eſt: ſed ſi non ſit, unde ematur, aut non ſit expedita emtio, profecto dicemus, ſervum publicum apud Prætorem ſtipulare debere.

§. 280. Aus dieſen allen kan man nun gar leicht erſehen, aus welcher Urſache dieſe ſatisdatio erfunden worden iſt. Denn obgleich 1) der tutor primario der Perſon gegeben wird: ſo verwaltet er doch dabei die Güter und Sachen des Unmündigen: curator autem primario rebus datur. Nun iſt aber dieſes eine Haupt-Regel, daß diejenigen, welche res alienas verwalten, Rechnung thun und Caution leiſten müſſen, rem illam, quam adminiſtrant, ſalvam fore. Dieſes kan aber nicht beſſer und ſicherer geſchehen, als wenn Bürgen geſetzet werden, welche auf alle Fälle dem Unmündigen Sicherheit verſprechen. Und dahero müſſen auch alle adminiſtratores oder procuratores rerum fiſcalium, die conductores prædiorum, ja die uſufructuarii Caution ſtellen, weil ſie fremde Sachen unter ſich haben: und ſo iſt auch billig, daß ſolches von tutoribus und curatoribus geſchehe. 2) Kömmt hierzu ein beſonderer faveur der Unmündigen. Denn es iſt einer ieden Republik viel daran gelegen, daß alle diejenigen, welche von aller Hülfe entblöſet ſind, durch die Wachſamkeit und Sorgfalt der Obrigkeit ihre Sachen in Sicherheit haben müſſen. Dieſes könte aber bei den Unmündigen nicht bewircket werden, wenn die tutores und curatores keine Caution beſtellen dürften.

§. 281. und 282. Weil doch aber nicht alle tutores und curatores ohne Unterſchied Caution machen dürfen: ſo wird nun gefragt, welche dazu verbunden oder nicht verbunden ſind? Wir wollen hier ein axioma generale voraus ſetzen, und hernach aus demſelben unſere concluſiones ziehen. Unſer axioma generale ſoll dieſes ſeyn: omnes tutores vel curatores ſatisdare debent, in quos cadit ulla ſuſpicio. Denn dieſes iſt eben der Endzweck dieſer Caution, wovon wir oben (§. 270.) geredet haben. Denn es wird deswegen Caution gemacht, daß die Sachen des Unmündigen ſollen in Sicherheit geſtellet werden. Wenn dahero keine Gefahr oder kein Verdacht vorhanden iſt, daß der tutor oder curator die Güter des Unmündigen übel verwalten werde: ſo fällt die Satisdatio hinweg. Ceſſante enim cauſſa, merito quoque effectus eius ceſſare debet, nempe ſatisdatio in hunc finem comparata. Aus dieſem axiomate erlernen wir nun, α) welche keine Caution machen dürfen, und β) welche Caution zu beſtellen gehalten ſind. Keine Caution dürfen machen 1) tutores teſtamento dati. Fraget man, welches die Urſache iſt, ſo antworten wir darauf, quia pater videtur in mores & fidem illis, quem liberis ſuis tutorem reddit, diligenter inquiſiviſſe, eiusque fidem & induſtriam perſpectam habuiſſe. L. 7. §. 5. *Cod. de curat. furioſ.* Denn

weil

weil auf diese nicht der geringste Verdacht fallen kan: so werden dieselben nach unserm axiomate von der Last dieser Caution billig befreiet. Ja dieses ist so wahr, daß diejenigen, welche von den Eltern nicht rechtmäßiger Weise zu Vormündern bestellet worden, und von der Obrigkeit confirmiret werden, keine Caution machen dürfen, weil sie pro tutoribus testamentariis gehalten werden. Welche aber von einem extraneo im Testament gesetzet, und von der Obrigkeit post inquisitionem confirmiret worden, die müssen Caution bestellen, weil sie pro dativis gehalten werden. Und dahin gehöret der casus, welcher in L. 5. D. *de confirm. tut.* vorkömmt, den einige mal a propos auf die tutores testamentarios, welche die Eltern verordnet haben, ziehen. So sind auch 2) von der Caution befreiet die tutores dativi, welche a maioribus magistratibus, z. E. von Prætore, Consule, und Præside Provinciarum bestellet worden sind. Die Ursache davon lieget darin, weil diese Imaiores magistratus keine tutores als cum inquisitione zu setzen pflegen. Wenn dieselben sich also fleißig nach der Aufführung dieser Vormünder erkundiget haben, und dieselben als geschickte und getreue Leute erfunden haben, L. 13. §. *ult.* D. *de tut. dat.* so fällt auf dieselben kein Verdacht einer Boßheit, und derohalben haben dieselben nach unserm axiomate nicht nöthig Caution zu bestellen. Im Gegentheil aber kan man nun gar leichtlich urtheilen, welche Vormünder Caution zu bestellen schuldig sind. Es müssen solches thun a) alle tutores legitimi. L. 5. §. 1. D. *de legit. tut.* Denn diese werden nicht von dem testatore selbst erwehlet, und werden auch nicht von der Obrigkeit bestellet, sondern die Gesätze geben ihnen unmittelbar die Vormundschaft: nicht aber deswegen, als ob sie geschickter und getreuer als die übrigen wären, sondern weil sie dem Geblüt nach die nächsten Anverwandten des Unmündigen sind. Auf alle diese fällt ein Verdacht, welcher um so viel grösser ist, weil sie die nächsten Anverwandten sind, und lieber die Erbschaft selbst haben, als erwarten wollen. (§. 218. seqq.) Dahero dieselben nach unserm gegebenen axiomate schuldig sind, Caution zu bestellen. Solmüssen auch 2) Caution leisten tutores dati a magistratibus minoribus, denn diese, z. E. die duumviri, geben keine tutores cum inquisitione. Weil nun also die Treue und Ehrlichkeit der tutorum und curatorum nicht bekannt ist: so sind dieselben verdächtig, und müssen Caution bestellen. 3) Es findet dieses auch statt bei den testamentariis dativis und legitimis, welche sich zur Verwaltung aufwerfen: denn alle diese müssen sich gefallen lassen, Caution zu machen. §. 1. *Inst. h. t.* Denn es ist die Vermuthung, daß sie sich nicht würden zu der Administration aufgeworfen haben, wenn sie nicht einen Vortheil daraus zu ziehen gesucht. Wer also die Verwaltung der Sachen des pupilli sucht, auf demselben fällt ein grosser Verdacht, und er muß daher Caution bestel-

bestellen. Dieses ist die gantze Sache und derselben Zusammenhang mit ihren Grunde; es kömmt aber hier die Frage vor: Wenn viele Vormünder seyn, die entweder im Testament gegeben, oder legitimi eiusdem gradus sind, (denn auch diese bekommen durch die Gesätze die Tutel zugleich), wie wir oben (§. 220. III.) gezeiget haben,) ob allen die Verwaltung der Sachen des Unmündigen zu überlassen, oder ob einer von vielen, und welcher alsdenn den andern vorzuziehen? Die Rechtsgelehrten haben dafür gehalten, daß es dem Unmündigen keinen Nutzen bringen würde, wenn er viel tutores hat, und alle zugleich administriren solten. Denn dergleichen Administration, welche sich bei vielen findet, verursacht eine Nachläßigkeit. Daher macht man einen Unterschied, ob die Vormundschaft weitläuftig, oder gering sey? Ist sie weitläuftig, so wird die Verwaltung derselben getheilet; Z. E. Es hat einer in hiesigen Landen Güter, er besitzet auch welche in Sächsischen, Anhaltischen und Braunschweigischen: so wird ein anderer Vormund den Gütern in hiesigen Lande vorgesetzet, ein anderer verwaltet die Sächsischen, die Anhaltischen bekommen wieder einen andern, und ein anderer träget Sorge für die Braunschweigischen. Wenn aber die Vormundschaft gering ist, und der Unmündige wenig Güter hat, es werden aber viele zu Vormündern bestellet: so wird nur einem eintzigen, nach bestelleter Bürgschaft, dieselbe aufgetragen. L. 3. §. 2. D. *de admin. tut.* Es wird aber hierbei gefragt, welchem Vormunde eigentlich die Verwaltung aufzutragen sey? Wir antworten darauf: derjenige bekommt die Verwaltung der Vormundschaft, welcher sich zuerst zu deren Verwaltung anbietet, weil einer, welcher sich ultro zu einer Sache offerirt, culpam leviſſimam tragen muß. L. 53. §. 3. D. *de furtis.* wovon wir die Ursache unten (§. 788. III.) mit mehrern ausführen wollen. Hernach, wenn sich niemand zur Verwaltung der Vormundschaft anbietet, so wird derjenige darzu ausgelesen, welcher von dem testatore dazu bestimmt worden ist, weil es da das Ansehen gewinnet, daß der testator dessen Treue und Ehrlichkeit erkannt habe. Solte aber auch niemand von dem testatore dazu seyn bestimmt worden: so gehöret die Verwaltung der Vormundschaft alsdenn demjenigen, welchen der gröste Theil der contutorum solche überträget. Endlich, wenn auch die contutores darüber nicht könten einig werden, welchen sie dazu erwählen sollen: so muß der Prætor von Amtswegen einen, welcher unter den Vormündern am geschicktesten ist, auslesen, und demselben die Vormundschaft übertragen. Denn bei dieser Sache wird dem Amt und der Beurtheilung des Richters viel überlassen, ja es stehet der Obrigkeit frei, von den Willen des testatoris abzuspringen, und auch nicht einmal denjenigen zur Verwaltung zu lassen, der sich dazu freiwillig anbietet: und dieses aus besondern Ursachen,

welche *Vlpianus* in L. 3. §. 3. D. *de admin tut.* und L. 17. §. 1. 2. D. *de teſt. tut.* anführet. Wenn nun aber einer von den Vormündern allein die Verwaltung übernimmt, ſo muß er, wie wir ſchon geſagt haben, den übrigen Caution ſtellen, rem pupillo ſalvam fore, er mag nun ſeyn legitimus, teſtamentarius oder dativus. Es möchte aber iemand einwenden, daß ja unſere Rechte nicht zulieſſen, daß einer dem andern etwas ſtipuliren könne, als ſich ſelbſt, §. 4. *Inſt. de inutil. ſtipul.* Hier aber ſtipuliren die contutores von demjenigen, welcher die Verwaltung der Vormundſchaft übernimmt, rem pupilli ſalvam fore, und ſo ſtipuliren ſie ſich nicht ſelbſt, ſondern einem andern, nemlich dem Unmündigen, und alſo iſt dieſes eine inutilis ſtipulatio. Es dienet aber darauf zur Antwort, daß dieſe Regel wahr ſey, man muß ſie aber mit der Ausnahme verſtehen, ſi ſtipulantis interſit. (§. 18. *Inſt. eod.* conf. *infra* §. 833. III. & §. 866. X.) Nun aber iſt hier den contutoribus ungemein viel daran gelegen, rem pupilli ſalvam fore: Denn wenn dieſes nicht iſt, ſo laufen die contutores zugleich mit groſſe Gefahr, und ſind actione tutelæ gehalten, dem Unmündigen allen Schaden gut zu thun. (§. 263.)

§. 283. In dieſem §pho haben wir die Frage zu erörtern: quomodo ſatisdent tutores? Wir antworten darauf, ſatisdare heiſſet Caution durch Bürgen beſtellen: und dahero müſſen die Vormünder Bürgen ſetzen. Ferner iſt die fideiuſſio oder Bürgſchaft eine ſpecies ſtipulationis, weil, wenn durch ein pactum nudum einer eines andern Verbindung beitritt, nicht ſcheinet, ſich verbürget zu haben, ſed conſtituiſſe. (§. 873.) Weil nun alſo die fideiuſſio eine ſpecies ſtipulationis iſt, ſo kan man ſich leicht an Fingern abzehlen, daß einer muſte gefragt werden: *Fide tua promittis, rem pupillo ſalvam fore?* und der andere geſchicklich darauf antworten: *Fide mea promitto.* (§. 829.) Nun iſt aber kein Zweifel, quis reſpondere debeat congrue? Denn ſolches muß der Bürge thun. Aber dieſes war in Zweifels-Knoten verwickelt, welcher eigentlich die Anfrage thun ſolte, ſi pupillus fari poſſet, d. i. wenn er das ſiebente Jahr ſeines Alters zurück geleget hatte, ſo konte er ſelbſt die Frage thun, weil er auch ohne des Vormunds Vollwort ſeinen Zuſtand verbeſſern konte. (§. 251.) Aber was war den nun zu thun, ſi pupillus fari non poſſet? ſi adhuc eſſet infans? Darauf dienet zur Antwort, daß alsdenn der Vormund die Frage nicht thun konte, weil er vor gemachter Caution noch nicht Vormund war. Es konte auch ſolches weder die Obrigkeit, noch die nächſten Anverwandten thun, weil niemand einem andern etwas ſtipuliren konte. §. 4. *Inſt. de inutil. ſtipul.* Aber was ſolte man denn nun thun bei ſo geſtallten Sachen? Die alten Rechtsgelehrten ſagten, a) wenn der Unmündige einen Knecht hätte, weil ein Knecht durch ſeine ſtipulationes dem Herrn etwas erwerben kan, und dieſe ſtipulationes nur ex perſona domini

mini gültig ſind. (§. 848.) b) Wenn der Unmündige keinen Knecht hätte, muſte er ſich einen kaufen, damit derſelbe die Frage thun könte. c) Sagten die Alten auch, wenn dieſes nicht geſchehen könte, müſte ein ſervus publicus die Frage thun. L. 2. D. *rem pupill. ſalv. fore.* Si ſervus publicus interrogaret, ſatisdari dicebatur, τῷ ταβουλαρίῳ bei THEOPHILO *in Paraphraſi Inſtit.* §. 3. *de Adopt.* Die ſervi publici waren von unterſchiedener Gattung: denn einige waren Adparitores magiſtratuum, andere Lictores, andere Viatores oder Nuncii, und wieder andere Tabellarii, i. e. ut hodie loquimur, ſervientes archivo: und dieſen kam vornehmlich zu, daß ſie an ſtatt des Unmündigen die Frage thun muſten, wie dieſes der fürtrefliche Rechtsgelehrte AMAYA *in Comment. ad* L. 3. *Cod. de tab. ſcrib. logograph.* ausgeführet hat. Aber du fragſt vom neuen, auf was Art und Weiſe hat ein ſervus publicus ſtipuliren können, rem pupillo ſalvam fore? Denn auf ſolche Art ſtipulirte er ja etwas einem andern, welches der im §. 4. *Inſt. de inutil ſtipul.* feſtgeſetzten Regel entgegen läuft? Wir antworten darauf: Ein ſervus publicus war ein ſervus totius civitatis vel reipublicæ, und derohalben konte er nicht allein durch ſeine ſtipulationes der gantzen Republik etwas erwerben, ſondern es ging dieſes auch bei einem jeden cive an, wenn er demſelben namentlich etwas ſtipulirte, welches der gelehrte IACOBVS GOTHOFREDVS *in Commentario ad Reg. Iur.* p. 322. ſehr wohl eingeſehen hat. conf. tamen L. 3. D. *de prætor. ſtipul.* & L. 1. §. 4. D. *ut legator.* Wir haben aber dergleichen Weitläuftigkeiten heut zu Tage nicht mehr nöthig. Denn wenn heut zu Tage einer Caution durch Bürgen macht, ſo geſchiehet dieſes per chirographum, durch einen fideiuſſions-Schein, oder der Bürge gibt ſeine Erklärung zu den actis, daß er Bürgſchaft leiſte. Wenn dieſes geſchehen iſt: ſo wird der Bürge dadurch eben ſo gut verbunden, als wenn er auf die gethane Frage congrue geantwortet hätte. Denn wir haben dieſe Ceremonien in unſern Gerichten niemals angenommen.

§. 284. 285. Nunmehro iſt noch übrig, daß wir auch von der Wirckung, welche die Caution der Vormünder herfür bringet, etwas handeln. Die Wirckung dieſer Caution iſt dieſe, daß der Unmündige nach geendigter Vormundſchaft drei Klagen hat, wodurch er ſeine Sachen, die ihm fehlen, erhalten kan. Denn er hat 1) actionem tutelæ, welche er wieder den Vormund anſtellen, daß er Rechnung ablegen, und das übrige heraus geben ſoll, von welcher Klage wir oben (§. 263.) ausführlich geredet haben. 2) Wenn er durch dieſe Klage von dem Vormunde ſeine Sachen nicht erhalten kan: ſo hat er actionem ex ſtipulatu, welche er anſtellet gegen die Bürgen, daß ſie den Schaden, welchen der Vormund verurſachet hat, gut thun ſollen. Und iſt nichts daran gelegen, es mögen die tutores ſolvendo ſeyn, oder nicht;

sie mögen auf der Flucht seyn, oder wegen ihrer Abwesenheit nicht leicht belanget werden können. Und von dieser Klage handelt der gantze Titel *de Fideiuss. & nomin.* in den Pandekten. 3) Wenn die fideiussores nicht bezahlen können, und also der Unmündige durch diese Klage seine Sachen nicht erhalten kan, alsdenn fällt die Schuld auf die Obrigkeit, welche dergleichen untüchtige Bürgen angenommen haben. Und also kan gegen die Obrigkeit die actio subsidiaria statt finden, von welcher der gantze Titel *de Magistr. conven.* in den Pandekten handelt. Es hat also diese Klage der Unmündige, welcher nach geendigter Vormundschaft das seinige weder von den Vormündern, noch von den Bürgen, wieder erhalten kan. Denn diese müssen vorher belanget werden, und man muß sehen, ob man nicht etwas von ihnen erhalten kan, ehe die Obrigkeit kan angegriffen werden. Diese Klage findet statt gegen diejenigen Personen, (nicht wieder das gantze Collegium) welche einen oder mehr Vormünder ohne tüchtige Bürgen bestellet haben. Ist eine culpa lata derselben dabei vorgefallen: so kan diese Klage auch auf deren Erben (non adversus successores singulares) gerichtet werden, daß sie allen verursachten Schaden gut thun sollen. Es hat nun dieses zwar alles seine gute Richtigkeit, weil es die Rechte also verordnen: allein es ist ein sehr seltener Fall, daß diese Klage kan angestellet werden, und es ist nicht leichtlich zu vermuthen, daß einer bei Anstellung derselben einen grossen Nutzen ziehen werde. Denn α) streitet die Vermuthung durchaus für die Obrigkeit, daß dieselbe werde den grösten Fleiß und Sorgfalt angewendet haben. STRYK diss. *de praesumtione pro magistratu.* Dabei aber muß man so lange bleiben, bis das Gegentheil klar und deutlich erwiesen wird: allein mit Führung des Beweises wird man übel auskommen, weil mehrentheils dasjenige, was dazu gehöret, ermangelt. β) Wird die Obrigkeit davon befreiet, wenn sie darthut, daß zu der Zeit, da die Bürgen sich verbunden haben, dieselben tüchtig dazu gewesen sind, aber erst nachhero in Verfall ihrer Güter gekommen, welches sich gemeiniglich zuzutragen pfleget. L. 1. §. 13. D. *de magistr. conven.* γ) So ist auch heut zu Tage die satisdatio an sehr wenig Orten angenommen, aus welcher Ursache man es dann der Obrigkeit nicht zur Last legen kan, wenn dieselbe keine Vormünder bestellet hat. δ) Ist auch überhaupt zu mercken, daß es den Regeln einer vernünftigen Politik zuwieder, ja gar gefährlich ist, mit der Obrigkeit sich in eine Klage einzulassen, wovon der sel. Geh. Rath THOMASIVS in der dissert. *de exiguo usu doctrinæ Institutionum de actione contra iudicem, qui litem suam fecit,* ausführlich gehandelt hat. Daher denn niemand zu rathen, dergleichen zu unternehmen.

§. 286. Wir haben kurtz vorher (§. 285.) gemeldet, das heut zu Ta-

ge

ge die ſatisdationes bei den Vormundſchaften an den wenigſten Orten angenommen ſeyn. Aber es iſt dabey zu mercken, daß in gantz Teutſchland die Vormünder weder Caution machen, noch ſich eidlich zur Verwaltung der Vormundſchaft verbinden, obgleich ſolches in dem Reichs-Abſchied vom Jahr 1548. und in der Reichs-Policei-Ordnung vom Jahr 1575. *Tit. XXXII.* §. 3. ausdrücklich erfordert wird. Was davon die Urſache ſey, ſolches kan man eigentlich nicht ſagen. Es ſprechen einige, die Urſache liege darin, weil man plus cautionis in re, quam in perſonis habe, und daher keine andere zu Vormündern beſtelle, als welche unbewegliche Güter beſitzen, in welchen der Unmündige ein ſtillſchweigendes Unterpfand hat. Allein dieſer Umſtand iſt den Geſätzgebern genugſam bekannt geweſen, welche nichts deſtoweniger Bürgen und die eidliche Zuſage erfordert haben. Aber die Urſache iſt vielleicht dieſe, welche iemand ſchertzweiſe erdacht hat, daß die Receſſus Imperii deswegen ihren Namen bekommen, quia ab iis impune recedatur. TABOR *in Racemat. crim.* p. 439. n. 2. Jedoch in Holland und Frießland wird dieſes ebenfals nicht beobachtet. Denn da pfleget man keine Bürgen zu verlangen, ſondern nur ein eidliches Verſprechen, wie dieſes SANDE *lib. II. def. 9 tit. 9.* GROTIVS *in manuduct. ad Ius Holland. lib. I. Tit. IX.* und VINNIVS *ad princ. Inſtit. h. t.* anmercken.

Tit. XXV.

De Excuſatione Tutorum vel Curatorum.

§. 287. 288.

Præter ſatisdationem & excuſatio communis eſt tutoribus & curatoribus, unde & de hac agitur hoc Titulo, quem iam adgredimur explicare. Ehe wir aber darzu ſchreiten, ſo müſſen wir dreierlei hier zum voraus ſetzen; α) warum den tutoribus und curatoribus erlaubet werde, daß ſie ſich von der Tutel und Curatel loswircken können? β) Was excuſare im rechtlichen Verſtande eigentlich bedeute? γ) Wie vielerlei die excuſationes ſeyn? Man hat hier zu mercken, 1) daß den tutoribus und curatoribus deswegen zugelaſſen wird, ſich von der Tutel oder Curatel loszuwircken, weil dieſelbe ein munus publicum iſt (§. 204.). Munera publica muſten zwar alle Perſonen und Bürger übernehmen: aber es waren doch einige Perſonen davon befreiet, z. E. Soldaten, und welche vacationem hatten, als ſenes, veterani, legati. Einige konten ſich von der Tutel und Curatel losmachen, wenn ſie eine rechtmäßige Urſache an der Hand hatten, z. E. numerus liberorum. Daher kom-

men in den Pandekten im 50. Buche, wo die Materie *de muneribus publicis* umſtändlich abgehandelt wird, gewiſſe Titel vor, welche *de immunitate, de vacatione & excuſatione munerum publicorum* handeln. Gleichwie nun einer, der iuſtas cauſſas hatte, von andern muneribus publicis entlediget wurde: ſo ſchiene es auch billig zu ſeyn, daß ſolches auch bei der Tutel ſtatt finden muſte. Iſt ferner 2) zu mercken, daß das Wort excuſare anders im rechtlichen, anders in Grammaticaliſchen Verſtande genommen werde. Grammatice iſt das Wort excuſare a cauſſa genommen, und bedeutet eben ſo viel, als allegare cauſſam, cur quis onus ſuſcipere non teneatur. Aber bei den Rechtsgelehrten heißt excuſare nichts anders, als ob cauſſam aliquam gravem aliquem vel liberare, vel non admittere. Z. E. In L. 1. §. 3. D. *de poſtul.* ſaget VLPIANVS: *Initium autem prætor faeit ab his, qui in totum prohibentur poſtulare, in quo edicto aut pueritiam, aut eaſum excuſavit.* An welchen Orte excuſare eben ſo viel iſt, als prohibere: *pueros enim & ſurdos non admittebat prætor, etiamſi vellent poſtulare, & tamen eos excuſare dicitur.* In eben dem Verſtande kömmt das Wort vor in L. 11. D. *de decur. ubi pueri dicuntur a decurionatu ad tempus excuſari*, i. e. prohiberi. CVIACIVS *lib. XXVI. Obſervat.* c. 33. meinet zwar, man müſſe am angeführten Orte für *excuſantur, excuriantur* leſen: allein der Text hat ſeine gute Richtigkeit, und es braucht gar keiner Verbeſſerung in demſelben. Alſo heißt excuſare bei den Rechtsgelehrten ſo viel, als cauſſas allegare & prohibere, welche Bedeutung dieſes Worts ſo eigen und beſonders iſt, daß THEOPHILVS, und andere Rechtsgelehrten, welche in Griechenland geweſen ſind, da ſie geſehen, daß in ihrer Griechiſchen Sprache kein Wort geweſen, welches den Verſtand deſſelben ausgedrücket hätte, ſie lieber das Lateiniſche beibehalten, und demſelben eine Griechiſche Endigung beilegen wollen. Daher kömmt ihr Griechiſches ἐξκουσατεῖον, und ἐξκουσατεύειν bei THEOPHILO *princ. Inſt. h. t.* HARMENOPVLVS *lib. II. Tit. V. §. 6. lib. I. Tit. III. §. 80.* Es hat hiervon der Herr Präſident BYNKERSHOEK *lib. IV. Obſerv.* c. 11. p. 385. ſeqq. ausführlich gehandelt. Hieraus erkennen wir, 3) wie vielerlei Arten die excuſationes tutorum & curatorum ſind? Es werden dieſelben eingetheilet, α) in voluntarias, welche nur nutzen, wenn ſie angeführet werden, hingegen auch nicht nutzen, wenn ſie nicht angeführet werden: z. E. numerus liberorum, wenn dieſes angeführet wird, excuſat; wenn es aber nicht angeführet wird, ſo muß auch einer, ob er gleich ein Vater vieler Kinder iſt, die Vormundſchaft übernehmen: β) & in neceſſarias, welche ſo beſchaffen ſind, daß wenn ſie auch nicht angeführet werden, einen dennoch von der Vormundſchaft abhalten. Z. E. Es hat einer mit dem Unmündigen eine Klage, da läſt der Prætor denſelben nicht zu der Vormundſchaft gelangen, ob derſelbe gleich bereit iſt, die Vormundſchaft zu übernehmen.

nehmen: wenn nur der Prætor davon Wiſſenſchaft hat. Von den voluntariis excuſationibus wird von dem §. 289 - 294. Von den neceſſariis aber §. 295. und von der Anführung beider §. 298. gehandelt.

§. 289. Die voluntariæ excuſationis cauſſæ ſind wieder dreierlei. Denn es werden dieſelben zugelaſſen, entweder *α*) ob privilegium. §. 289 - §. 292. *β*) oder propter impotentiam. §. 293. oder *γ*) ob exiſtimationis periculum. §. 294. 1) Ob privilegium können ſich der Vormundſchaft entſchütten diejenigen Eltern, welche viele Kinder haben: und zwar ging dieſes an in Rom, wenn einer drei Kinder, in Italien, wenn einer vier Kinder, und in den Provinzen, wenn einer fünf Kinder hatte. *princ. Inſt. h. t.* Weil nun dieſes zu dem berühmten iure trium, quatuor & quinque liberorum gehöret: ſo will nöthig ſeyn, aus den Alterthümern zu zeigen, was dieſes vor ein Recht geweſen ſey. Es iſt bekannt, daß die Römer ſich nicht gern verheurathet haben. Die Urſache davon waren amores furtivi, luxuria matronarum, und pretia orbitatis. Von den erſten redet ſelbſt der Keiſer *Auguſtus* bei DIONE CASSIO *lib. LVI.* p. 660. *Neque adeo vos ſolitudo vivendi capit, ut absque mulieribus degatis, ac non quilibet veſtrum menſæ lectique ſociam habeat, ſed licentiam libidini ac laſciviæ veſtræ quæritis.* Wie ſich auch die Weibes-Perſonen bei den Römern aufgeführet haben, davon können PETRONIVS, IVVENALIS und PERSIVS tüchtige Zeugen ſeyn. Und diejenigen, welche ſich nicht verheuratheten, wurden von iedermann werth gehalten und hoch geehret, und es ſtunde ihnen der Weg offen, zu allen Ehrenſtellen zu gelangen, weil iedermann auf ſolche Leute ſtimmete, in der Hofnung, einmal derſelben Erben zu werden. Daher ſaget jener alte Graubart *Periplectomenes* bei PLAVTO *in milite glorioſo. Act. III. Scen. I. v. III. ſeqq.*

Quando habeo multos cognatos, quid opus mihi ſit liberis?
Nunc bene vivo ac fortunate, atque ut volo, atque animo ut lubet:
Mea bona mea morte cognatis dicam, inter eos partiam.
Illi apud me edunt, me curant, viſunt, quid agam? ecquid velim?
Priusquam lucet, adſunt, rogitant, noctu ut ſomnum ceperim?

Und PLINIVS klaget in *Hiſt. Nat. lib. XIV. proem.* über die Sitten ſeiner Zeit alſo: *Cæpiſſe orbitatem in auctoritate ſumma, & potentia eſſe, captationem in quæſtu maximo.* Und SENECA redet nicht beſſer davon in *Conſolat. ad Marciam.* c. 19. *In civitate noſtra plus gratiæ orbitas confert, quam cripit. Adeoque ſenectutem ſolitudo, quæ ſolebat deſtruere, ad potentiam ducit, ut quidam odia filiorum ſimulent, & liberos eiurent, & orbitatem manufaciant.* Siehe auch PETRONII *Satyr.* p. 106. und TACITI *Annal. lib. XIII.* c. 12. AMMIANVM

MAR-

MARCELLINVM *lib.* 14. c. 19. Weil nun dieſe Gewohnheit ſich bei den Römern eingeſchlichen hatte: ſo iſt nicht zu verwundern, daß die Römer vor dem Heurathen einen ſolchen groſſen Abſcheu getragen haben. Es war ſolches dem Endzweck der Römiſchen Republik gar nicht gemäß, welcher potentia bellica war, weswegen man Sorge tragen muſte, daß die Stadt keinen Mangel an Bürgern litte. Und dieſes war eben hernach die Urſache, daß die Keiſer, und ſonderlich *Auguſtus*, darauf bedacht waren, dieſem Unweſen abzuhelfen. Zwar waren ſchon zu den Zeiten der freien Republik Strafen auf die Unverehligten, und hingegen Belohnungen für diejenigen, welche geheurathet, und viele Kinder erzeuget hatten, geſetzet, wie dieſes *Auguſtus* bei DIONE CASSIO *lib. LVI.* p. 660. meldet: *Et quidem neque ante me cuiquam permiſſum erat, coniugium ac ſobolem negligere, cum initio ſub primam reipublicæ conſtitutionem ea de re diligenter ſit legibus cautum.* Und bald hernach ſetzet er wieder hinzu: *multaque deinde de eadem re ſenatus populusque ſtatuit, quæ recenſere ſupervacuum eſſet.* Es pflegten aber die Cenſores darauf zu ſehen, daß keine Unverehligten Perſonen in der Stadt möchten geduldet werden. Daher redet CICERO *de Legibus lib. III.* c. 7. von einem Geſätz: *Cenſores cælibes eſſe prohibento*: obgleich dieſes mehr durch die Gewohnheit, als durch beſondere Geſätze eingeführet worden iſt. Vielleicht iſt Q. *Metellus* Cenſor der erſte geweſen, welcher A. V. C. 612. geſetzet: *ut omnes ducere cogerentur uxores liberorum quærendorum cauſſa*; und dahin gehöret deſſelben Rede, deren einen Theil GELLIVS *lib. I. Noct. Attic.* c. 6. aufbehalten hat. Dahero pflegten die cenſores von denjenigen, welche ſich nicht verheurathet hatten, und zu einem hohen Alter gekommen waren, eine gewiſſe Strafe beizutreiben, welche æs uxorium genennet wurde. Davon ſchreibet FESTVS voce *Vxorium.* p. 475. *Vxorium pependiſſe dicitur, qui, quod uxorem non habuerit, æs populo dedit.* Und da finden wir, daß ſich M. *Furius Camillus*, und M. *Poſtumius Albinus* ſehr ſcharf hierin bezeuget haben. PLVTARCHVS *in Camillo* p. 129. VALERIVS MAXIMVS *lib. II.* c. 9. ex. 1. Ja die Cenſores pflegten manchmal die unverheuratheten Perſonen in quatuor tribus urbanas ceteris inhoneſtiores einzutragen. LIVIVS *lib XLV.* c. 15. Man brauchte aber hierzu nicht allezeit Strafen, ſondern pflegte auch die Leute durch Belohnungen, vornemlich aber durch Ehrenſtellen anzulocken, ſich zu verheurathen. GELLIVS *lib. V. Noct. Attic.* c. 19. Inſonderheit aber hat ſich *Iulius Cæſar* bemühet, die Römiſche Republik mit Bürgern anzufüllen. Und dahin gehöret, daß er unter ſeinem Burgermeiſter-Amt, welches er mit *Bibulo* geführet, die Campaniſche Ländereien unter 20000. Bürger, welche drei oder mehr Kinder gehabt, getheilet hat, wie SVETONIVS *in Iulio* c. 20. und APPIANVS *de bello civili lib. II.* p. 433. berichten. Nachdem der bürgerliche Krieg zu Ende gelaufen

laufen war, und man den cenſum gehalten hatte: ſo fand *Iulius Cæſar* in der Stadt gleichſam eine Einöde, weil APPIANVS *c. l.* p. 492. erzehlet, daß nach gehaltenen cenſu die Hälfte weniger von Bürgern in die Zins-Tafeln eingetragen worden, als vor dem bürgerlichen Kriege geweſen. Und daher war nöthig, daß man neue Belohnungen vor diejenigen ausſetzen muſte, welche viele Kinder hatten. SVETONIVS *in Iulio* c. 42. DIO CASSIVS *lib. XLIII. Hiſt. Impp.* p. 256. Weil aber *Iulius Cæſar* nicht lange hernach durch ſeine Widerſacher ermordert wurde: ſo iſt man bald wieder von dieſen guten Geſätzen abgegangen. Wie *Auguſtus* zur Regierung gekommen war: ſo nahm ſich derſelbe vor, dieſen Mangel Rath zu ſchaffen, worin er auch endlich glücklich geweſen iſt. Zuerſt trachtet er ſolches zu thun A. V. C. 725. als er mit *Agrippa*, welcher Cenſor war, den cenſum hielte. Denn als er nach dieſer Zeit bei Führung ſeines ſechſten Burgemeiſter-Amts, durch ſeine Macht ſich in Sicherheit geſetzet hatte: ſo ſchafte er dasjenige, welches er bei dem Triumvirat verordnet hatte, gänzlich ab. TACITVS *lib. III. Annal.* c. 28. Weil er aber dadurch ſchiene wenig ausgericht zu haben: ſo gab er A. V. C. 735. den berühmten *Legem Iuliam de maritandis ordinibus*, worin er auf die unverheuratheten Perſonen ſcharfe Strafen ſetzte, und hingegen denjenigen, welche ſich verheurathen, und Kinder erzeugen würden, Belohnungen ausſetzete, welches alles nach der Länge von DIONE CASSIO *lib. LIV. Hiſt. Impp.* p. 608. erzehlet wird. Von dieſer Sache berichten uns ſogar die Römiſchen Poeten. Daher wir en paſſant alle diejenigen, welche die Rechte aus dem Grunde erlernen wollen, getreulich und ernſtlich ermahnen, daß ſie ja die Leſung der Römiſchen Dichter bei Erlernung der Rechts-Wiſſenſchaft nicht verabſäumen mögen. Denn es kommen bisweilen in unſern Rechten Sachen vor, welche gantz dunckel ſcheinen, und wenn man einen alten Römiſchen Poeten zur Hand nimmt: ſo fällt einen öfters der Schlüſſel in die Hände, ehe man es dencket. Sed hoc obiter. Damit wir wieder zu der Sache ſelbſt kommen mögen: ſo haben wir geſagt, daß die Poeten, und vornemlich HORATIVS des *Legis Iuliæ de maritandis ordinibus* Meldung thue. Solches geſchiehet von demſelben *Epod.* XVIII. v. 17. ſeqq. alwo es alſo heiſſet:

Diva, producas ſobolem, Patrumque
Proſperes decreta ſuper iugandis
Feminis, prolisque novæ feraci
Lege marita.

Aber obgleich *Auguſtus* deswegen in den Römiſchen Rath ſehr nachdrücklich redete, wie SVETONIVS *in Auguſto* c. 86. und EPIT. LIVII *lib.* LIX. berichten:

ſo konte er doch wegen groſſer Bewegung der Widerſprechenden damit nicht zu Stande kommen, wie ebenfals SVETONIVS *in Auguſto* c. 34. erzehlet. Und darauf hat PROPERTIVS II. 7. ohne allen Zweifel ſeine Gedancken in folgenden Worten gerichtet;

Gaviſa eſt certe ſublata Cynthia lege,

Qua quondam edicta, flemus uterque diu,

Ne nos divideret.

Nachdem aber *Auguſtus* ſein Heil noch etlichemal wieder verſucht hatte, und die geſetzten Strafen einiger maſſen waren vermindert, hingegen die Belohnungen vermehret worden, drunge er endlich mit dem Geſätze in ſo weit durch, *ut vacatio triennii concederetur*, referente SVETONIO *in Auguſto* c. 34. Wie dieſe drei Jahre vorbei waren, ſo wurde die vacatio noch auf zwei Jahr ausgedehnet, und alsdenn erhielte dieſes Geſätz A. V. C. 740. ſeine völlige Verbindlichkeit, wovon DIO CASSIVS *lib. LVI. Hiſt. Impp.* p. 661. kan nachgeleſen werden. Aber ſolchergeſtalt hatte der Keiſer *Auguſtus* dennoch ſeinen Endzweck nicht erreichen können. Die orbitatis pretia, und das Vergnügen, welches viele an dem eheloſen Leben funden, war ſo ſtarck, daß die Römiſchen Ritter ſich A. V. C. 761. ſtarck dahin bearbeiteten, daß dieſes Geſätz wieder möchte abgeſchaffet werden. Darauf aber hielte der Keiſer *Auguſtus* die berühmten Reden gegen die eheloſen ſowol, als auch verheuratheten Leute, welche uns DIO CASSIVS *lib. LVI.* p. 656. ſeqq. aufbehalten hat; womit auch SVETONIVS *in Auguſto* c. 35. zu vergleichen iſt. Ja der Keiſer *Auguſtus* war für ſein Geſätz dergeſtalt beſorget, daß er gleich im folgenden Jahr A. V. C. 762. ein neues Geſätz, nemlich den *Legem Papiam Poppæam* geben ließ, welcher auch in unſern Rechten *Lex Iulia & Papia* genennet wird. Dieſes Geſätz wurde von M. *Papio Mutilo*, und Q. *Poppæo Secundo*, welche dazumalen conſules ſuffecti waren, gegeben; und es war eine gar beſondere Sache, daß dieſe beeden Leute ſelbſt keine Weiber noch Kinder hatten. DIO CASSIVS *lib. LVI.* p. 662. In dieſem Geſätz waren nicht wenige Stücken enthalten, worin man den Vätern vieler Kinder Belohnungen ausgeſetzet hatte. Wolte einer ein Amt haben: ſo wurde derjenige Candidatus vorgezogen, welcher viele Kinder erzeuget hatte, wie GELLIVS *lib. II. Noct. Attic.* c. 15. erzehlet. Von den Burgemeiſtern übernahm derjenige die faſces zuerſt, welcher ſeinen Collegen an Mehrheit der Kinder übertraf. GELLIVS *l. c.* c. 22. Die Freigelaſſenen, wenn ſie viele Kinder hatten, wurden ab operis frei, und das freigebohrne Frauenzimmer wurde von der Tutel befreiet. L. 37. D. *de oper. libert.* PLVTARCHVS *in Numa* p. 66. So gar diejenigen, wel-

welche viel Kinder hatten, bekamen bei den Schauſpielen einen beſſern Sitz, als diejenigen, welche daran Mangel litten. IACOBVS GOTHOREDVS *ad Leg. Pap. Popp.* c. 7. ſeqq. p. 280. Vornemlich aber war in dieſem Geſätz verordnet, daß diejenigen, welche in Rom drei lebendige Kinder, in Italien viere, und in den Provinzen fünfe hatten, von allen muneribus perſonalibus befreiet wurden. L. 18. D. *de excuſ. tut.* L. 1. *Cod. qui num. liber.* Und daraus iſt nun das berühmte ius trium liberorum entſtanden, welches doch bisweilen denjenigen, welchen die Kinder abgeſtorben, ja auch den Unfruchtbaren, als eine Wohlthat von den Keiſern, zugeſtanden worden, wovon ſich viele Exempel finden bei PLINIO *lib. II. ep. 13. lib. VII. ep. 16. lib. X. ep. 95.* GRVTERO *Corp. Inſcript.* p. 631. 1033. 1081. und FABRETTO *in Inſcript. antiq.* p. 630. Beſiehe unſern *Commentarium ad Legem Iuliam & Papiam Poppæam lib. II.* c. 8. Ausführlich hat davon gehandelt MARCVS VERTRANIVS MAVRVS in einem beſondern Buche *de trium liberorum iure.* Dieſes Buch, ſaget BRVMMER, *in Comment. ad Legem Cinciam* c. 14, habe er in unterſchiedenen Bibliotheken vergebens geſuchet: allein er hätte es finden können in *Tractatu Tractatuum Tom. VIII.* Was vor Kinder genutzet haben, die Belohnungen zu erhalten, davon handeln die Rechtsgelehrten ausführlich und umſtändlich. Es muſten alſo liberi naturales und legitimi, auch ſchon geborne ſeyn. Denn waren ſie noch nicht vorhanden, ſondern noch in ventre: ſo nutzten dieſelben einen nichts, wenn er die Vormundſchaft von ſich ſchieben wolte. Daher ging es nicht an, daß ſich einer auf das ius trium liberorum berufen konte, wenn er drei liberos adoptivos oder ſpurios hatte, oder daß er drei Kinder gehabt, welche geſtorben waren; hatte er aber drei eheliche Kinder gehabt, dieſelben aber im Kriege verloren: ſo kam ihm dieſes Recht dennoch zu ſtatten: nam qui pro patria ceciderant, in perpetuum per gloriam vivere intelliguntur, und bei dieſen hieß es, wie *Aiax* geſaget: mea ſemper gloria vivet. CVPER *lib. I. Obſerv.* c. 8. *princ. Inſt. h. t.* Wir haben oben die Urſache angeführet, warum man den Eltern wegen ihrer Kinder ſo viele Wohlthaten wiederfahren laſſen. Allein der Hr. HARPRICHT, welcher einen entſetzlichen groſſen *Commentarium in IV Tomis* über die *Inſtitutiones* geſchrieben hat, (wozu vielleicht der Vte gekommen wäre, wenn ihn unſer Herr GOtt nicht dafür behütet hätte) meinet, es ſey dieſes eine von den Sachen, quarum ratio reddi nequeat. Allein wir wiſſen es beſſer, daß ſolches aus dem *Lege Iulia & Papia Poppæa* herzuleiten ſey. Wolte nun einer der Wohlthat, die ihm die Geſätze gaben, ſich erfreuen, und damit kein Betrug möchte vorgehen: ſo verordnete der Keiſer *Marcus Antoninus*, daß die profeſſio liberorum innerhalb dreißig Tagen bei dem Præfecto Ærarii geſchehen ſolte: welches auch in den Provinzen geſchehen muſte. IVLIVS CAPITOLINVS *in Mar-*

to Antonino c. 9. Und hierher gehöret das Exempel des Keiſers *Gordiani*, von welchen ebenfals CAPITOLINVS *in Gordiano* c. 4. redet. BRISSONIVS *Antiq. Sel. lib. I.* c. 5. §. 7. Es gehöret auch hieher die Entſchuldigung jenes Ehebrechers bei IVVENALI *Sat. IX. v.* 84. ſeqq.

Tollis enim, & libris actorum ſpargere gaudes
Argumenta viri: foribus ſuſpende coronas,
Iam pater eſt, dedimus, quod famæ opponere poſſis,
Iura parentis habes, propter me ſcriberis heres.

So werden auch propter privilegium, von der Vormundſchaft befreiet diejenigen, welche rem fiſcalem, rem dominicam, patrimonium principis, tributa & vectigalia verwalten, &c. Damit wir dieſes verſtehen mögen: ſo iſt zu mercken, daß ehemals die bona publica von dreierlei Art geweſen, wie ſich denn dieſelbigen auch noch in allen Republiken ſo befinden. Denn man hatte Ærarium, fiſcum und patrimonium principis. a) Ærarium wurde genennet dasjenige, welches in dominio reipublicæ war, und welches zu Erhaltung der Republik zuſammen gebracht wurde. Z. E. Tributa, vectigalia. b) Fiſcus gehörete für dem Keiſer, welchen ſolcher von der Republik war zugetheilet worden, damit er davon ſeine Hofſtatt unterhalten könte. Und dahin gehörten bona caduca, ereptitia, confiſcata. Wir nennen es heut zu Tage bona cameralia, Cammer-Güter, bona domanialia, Domainen, und bona menſalia, Tafel-Güter. c) Hieß patrimonium principis, welches der Keiſer als ein privatus hatte, z. E. Erb-Güter, oder ſolche, die er ſich durch ſein eigenes Geld erworben hatte: wir nennen ſie heut zu Tage Chatoul-Güter. Zu Zeiten der freien Republik bei den Römern wurden alle Einkünfte in das Ærarium geliefert: aber unter den Keiſern machte man einen Unterſchied inter ærarium & fiſcum, da jenes dem Volck, dieſes dem Keiſer gehörte, welchen Unterſchied der Keiſer *Auguſtus* zuerſt erfunden hat: welches man aus TACITO *lib. VI. Annal.* c. 2. erſehen kan. Unter den Griechiſchen Keiſern hat man dieſen Unterſchied aufgehoben, und Fiſcum und Ærarium in eins gebracht. Wir müſſen aber nunmehro zur Sache ſelbſt gehen. Wir haben geſagt, daß diejenigen von der Vormundſchaft befreiet werden, welche rem fiſcalem verwalten, worunter wir diejenigen verſtehen, welche ſowol über das ærarium, als auch fiſcum und patrimonium Cæſaris geſetzet geweſen. Ueber das Ærarium waren die Quæſtores geſetzet, welche VLPIANVS ſo alt, als die Stadt Rom ſelbſt, machet: L. 1. *princ.* D. *de offic. Quæſt.* wiewol PLVTARCHVS *in Poplicola* p. 103. anmercket, daß dieſelben von *Valerio Poplicola* geſetzet worden ſind. POMPONIVS in L. 2. §. 22. D. *de orig. iur.* ma-

machet dieſelben jünger, und meinet, daß ſie erſt nach den Tribunis plebis eingeſetzet worden. Allein wir bekümmern uns um Pomponii Bericht wenig, und können VLPIANVM mit PLVTARCHO gar leicht vergleichen, wenn wir ſagen, daß die Quæſtores ſchon unter den Königen bekannt geweſen ſind, welche aber *Tarquinius Superbus* abgeſchaffet hat, da ſie denn von *Poplicola* wieder eingeſetzet worden. Wir können dieſes aus einer Stelle TACITI *lib. XI. Annal.* c. 22. erſehen, alwo es alſo heiſſet. *Quæſtores, regibus etiam tum imperantibus inſtituti ſunt: quod lex curiata oſtendit, ab L. Bruto repetita. Manſitque conſulibus poteſtas deligendi, donec eum quoque honorem populus mandaret, creatique primum Valerius Potitus, & Aemilius Mamercus, LXIII. Anno poſt Tarquinios exactos, ut rem militarem comitarentur. Dein gliſcentibus negotiis, duo additi qui Romæ curarent. Mox duplicatus numerus, ſtipendiaria iam Italia, & accedentibus provinciarum vectigalibus. Poſt lege Sullæ viginti creati ſupplendo ſenatui, cui iudicia tradiderat, & quamquam equites iudicia recuperaviſſent. Quæſtura tamen ex dignitate candidatorum, aut facilitate tribuentium gratuito concedebatur, donec ſententia Dolabellæ velut venumdaretur.* Beſiehe auch davon LIVIVM *lib. IV.* c. 43. 54. Dieſen Quæſtoribus war alſo die Verwaltung des Aerarii von dem Volck aufgetragen: welches aber *Iulius Cæſar* änderte, und ſolche Verwaltung von den Quæſtoribus auf die Aediles brachte, wie DIO CASSIVS *lib. XLIII.* p. 269. meldet. Nachdem *Auguſtus* das Aerarium militare angeſtellet hatte, gab er ſolches lauter viris prætoriis zu verwalten: SVETONIVS *in Auguſto* c. 36. und der Keiſer *Claudius* verordnete Quæſtores zu dem Aerario Saturni. SVETONIVS *in Claudio* c. 24. Endlich wurde die Verwaltung den Præfectis Aerarii unter *Nerone* und *Trajano* aufgetragen: welche doch aber auch von fiſcaliſchen Sachen urtheilten. TACITVS *lib. XIII. Annal.* c. 23 PLINIVS *lib. III. ep.* 4. IACOBVS GVTHERIVS *de Officiis domus Aug.* c. III. §. 32. Ueber den fiſcum waren geſetzet die Procuratores, Advocati, und Patroni fiſci, deren hin und wieder in unſern Rechten Meldung geſchiehet: und der Keiſer *Nerva* ſetzte gar einen Prætorem fiſcalem, welcher in fiſcaliſchen Sachen Recht ſprechen muſte. L. 2. §. 18. D. *de Orig. Iur.* Patrimonium principis wurde von den Procuratoribus Cæſaris verwaltet, von welchen der gelehrte Herr Gottfr. MASCOV eine beſondere diſſertation gehalten hat. In den letztern Zeiten beſorgete der Comes ſacrarum largitionum den fiſcum: das patrimonium principis aber wurde von dem Comite rerum privatarum verwaltet, wovon die *tituli Codicis de Comit. ſacr. larg.* und *de Comit. rer. privat.* und GVTHERIVS *de Offic. dom. Auguſt.* c. III. §. 1. 16. 25. 32 umſtändlich handeln. Wer nun rem fiſcalem zu verwalten hatte, der wurde von der Vormundſchaft befreiet. Solches aber geſchahe nicht deswegen, weil die Güter dieſer Bedienten dem fiſco ver-

bunden waren, sondern weil sie ein privilegium hatten, daß sie sich der Vormundschaft entschütten konten. Denn da wird in *Institutionibus* §. 1. *h. t.* gesaget, *excusari eos posse*, in L. 10. *Cod. h. t. vacationem habere*, in L. *ult. Cod. qui dari tut. poss. privilegio defendi*, und daraus kan man sehen, daß diese excusatio nicht necessaria, sondern voluntaria gewesen ist. Siehe THOMASII *Not. ad Instit. h. t.* p. 110. Denn es sind einige, welche dieses vorgeben, daß alle diejenigen, welche rem fiscalem, dominicam &c. verwalten, der Republik, dem fisco oder dem Regenten wegen ihrer Güter verhaftet wären, und deswegen könte kein Unmündiger in den Gütern dieser Leute ein stillschweigendes Unterpfand haben, welches ihnen doch sonst zustehen müste. Und dahero sagen sie ferner, wenn ein solcher Administrator auch gleich eine Vormundschaft freiwillig und ungezwungen übernehmen wollen: so hätte er doch nicht können dazu gelassen werden. Allein diese Ursache gilt heut zu Tage wohl, welche aber bei den Römern niemals angenommen gewesen ist, als bei welchen dieses ein merum privilegium, mera excusatio voluntaria gewesen. Man ersiehet dieses α) aus den kurtz vorher angeführten Stellen. β) War auch bei den Römern das stillschweigende Unterpfand in den Gütern des Vormundes gar nicht nöthig, weil der Vormund Caution stellen muste, wodurch der Unmündige genugsam gesichert wurde. Da aber heut zu Tage diese Caution gantz ausser Gebrauch gekommen ist, und selten von dem Vormund Bürgen verlanget werden: so können wir diese excusationem nicht anders als pro necessaria & prohibitiva halten.

§. 291. Ein gleiches privilegium hat man denjenigen zugestanden, welche reipublicæ caussa absentes seyn. Reipublicæ caussa absentes hiessen, welche im Namen der Republik wegen des gemeinen Besten verschicket wurden, worunter man die Gesandten, Soldaten, und obrigkeitlichen Personen, welche in die Provinzen versendet wurden, verstunde, und diese wurden alle von der Vormundschaft befreiet. Man muß aber hier einen Unterschied machen inter tutelam suscipiendam, welche erst angenommen soll werden, & susceptam, die schon angenommen worden. Selige werden von der Vormundschaft, welche erst übernommen werden soll, befreiet, wenn sie etwa dazu wären bestellet worden. Und diese Befreiung gehet nicht nur auf diejenige Zeit, binnen welcher sie abwesend sind, sondern sie haben auch noch dasjenige Jahr, in welchen sie zurück gekehret, zum besten, welches in unsern Rechten annus vacationis genennet wird. Diese Wohlthat aber erstrecket sich nicht allein auf die Vormundschaft, sondern sie gehet auf alle übrige munera publica. Bei den Jüden hatte man fast ein gleiches privilegium, da derjenige, welcher ein Weib genommen hatte, von allen muneribus, ja so gar von den Kriegsdiensten, befreiet war. Ist aber die Vormundschaft

schon

ſchon übernommen worden, und es iſt einer abſens reipublicæ cauſſa: ſo wird er von der Vormundſchaft in ſo weit befreiet, ſo lange er abweſend iſt, und es wird unterdeſſen an ſeine ſtatt ein Curator beſtellet, welches ſo lange währet, bis er wieder gekommen iſt, und die Vormundſchaft wieder übernehmen kan. Es wäre denn, daß die Abweſenheit gar zu lange dauerte, oder daß einer weit über das Meer gereiſet wäre: denn da pfleget auch in dieſem Fall die Vormundſchaft aufgegeben zu werden. Und ſo wird dieſe Lehre in §. 2. *Inſt. h. t.* L. 10. *princ.* §. 2. D. *h. t.* L. 11. §. 2. L. 12. §. 1. D. *de minoribus* vorgetragen. Hingegen fällt auch dieſes privilegium hinweg, wenn dieſe Leute ihre Verrichtungen zu Ende gebracht haben, aber noch länger abweſend ſeyn, als es ſich gebühret; z. E. es iſt einer in ein Land geſchicket worden, welches mit vortreflichen Städten, ſchönen Gärten, angenehmen Wieſen und Auen pranget, und ſo ergötzend iſt, als wie die Eliſeiſchen Felder, dieſes will der Abgeſendete nicht ſo gleich verlaſſen, ſondern, nachdem er ſein Geſchäft geendiget, reiſet er hier und da herum, und machet ſich alle erſinnliche divertiſſemens: da kommt ihm ſeine Abweſenheit gar nicht zu ſtatten. So fällt auch dieſes privilegium hinweg, wenn einer wegen ſeiner eigenen Verrichtungen abweſend iſt, doch aber vorgiebet, daß er ſolches dem gemeinen Weſen zum Beſten thue. Denn bei den Römern war die Gewohnheit, daß wenn einer in einer gewiſſen Provinz etwas zu verrichten hatte: ſo ließ er ſich l beram legationem geben, und reiſete unter dem Schein eines Geſandten ab, da er doch dieſes blos wegen ſeines eigenen Nutzens that. Denn ſie pflegten nur deswegen den Charakter eines Geſandten anzunehmen, damit ſie an allen Orten, als Geſandten des Römiſchen Volcks, mit deſto gröſſern Reſpekt und Ehrerbietung möchten angenommen werden. Wer hiervon beliebet Exempel zu leſen, der findet dieſelben bei CICERONE *lib. XI. ad Fratr. ep.* 1. *lib. XII. ep.* 71. *lib II ad Attic. ep.* 4. Daß aber ſolche ſich des erwehnten privilegii nicht erfreuen können, erhellet aus den L. 1. §. 1. L. 4. L. 5. D. *ex quib. cauſſ. major. XXV. ann. in integr. reſtit.* L. 6. §. 36. D. *h. t.*

§. 292. So ſind auch durch ein privilegium von der Vormundſchaft befreiet, magiſtratus, aber doch nicht alle, ſondern diejenigen, qui in poteſtate aliqua ſunt, d. i. welche die Macht haben, einen greifen und in das Gefängnis ſetzen zu laſſen, wohin Conſules, Prætores, Cenſores, Dictatores, Præfecti Prætorio & Vrbi gehören. Denn dieſe hatten poteſtatem oder imperium, weil poteſtas nichts anders als imperium heiſſet. L. 215. D. *de Verb. Signif.* GELLIVS *lib. XIII Noct. Attic.* c. 15. Aber die Aediles konten ſich dieſes privilegii nicht erfreuen L. 4. §. 17. D. *h. t.* vielweniger hatten dieſe Freiheit die Quæſtores, oder geringere magiſtratus, welche in L. 2. §. 29. *ſeqq.* D. *de Orig. Iur.* benennet werden. Aber hernach iſt dieſes privilegium auch auf die minores magiſtratus ausgedehnet worden, weil

weil auch die Duumviri in municipiis, oder die ἄρχοντες τῶν πόλεων zu Zeiten *Modestini*, welcher unter *Alexandro Severo* gelebet, diese Freiheit hatten. BALDVINVS, DONELLVS und VINNIVS haben dieses geläugnet: allein IOSEPHVS AVERANIVS *in Interpret. Iur. lib. I.* und Herr OTTO *de Aedilibus Colon. & municip.* c. 13. haben das Gegentheil mit unverwerflichen Zeugnissen dargethan. Endlich sind auch per privilegium von der Vormundschaft befreiet Litteratores, Rhetores, Sophistæ, Medici, Iureconsulti, omnes artium liberalium Professores, qui intra numerum sunt. L. 6. *Cod. de profess. & med.* modo doceant in patria sedulo. Wir wollen von einem jeden insbesondere handeln. Wir haben gesagt, daß 1) die Litteratores oder Litterati (SVETONIVS *de illustr. Gramm.* c. 4.) von der Vormundschaft befreiet sind. Diese haben nicht allzulange in Rom gelehret, weil bei den Römern die Ludimagistri diejenigen waren, welche die Jugend unterrichteten, und von diesen waren die Grammatici, d. i. die Ausleger der Poeten unterschieden, SVETONIVS *c. l.* welche auch in L. 1. §. 6. D. *de extraord. cognit.* von Ludimagistris unterschieden werden. In den alten Zeiten bekümmerte man sich sehr wenig um diese Leute, und die Grammatik wurde nur von den Semigræcis gelehret. SVETONIVS *c. l.* c. 1. Der erste, welcher diese Wissenschaft nach Rom gebracht, war *Crates Malleotes*, welcher, da er von dem Könige *Attalo* zur Zeit des zweiten und dritten Punischen Krieges nach Rom war gesendet worden, und den Schenckel gebrochen, zu Rom diese Lehre getrieben hat. Diesem sind andere gefolget, vornemlich nach den Zeiten Q. *Metelli*, da man das studium Grammatices dergestalt getrieben, daß sich nicht einmal vornehme Leute desselben geschamet haben, und man bisweilen in Rom zwanzig berühmte Schulen gezehlet hat. SVETONIVS *c. l.* c. 3. Aber diejenigen, welche lehreten, thaten solches nur privatim, oder wurden von vornehmen Leuten deswegen besoldet. *Verius Flaccus* war der erste, welcher unter *Tiberio* jährlich centena sestertia empfinge. SVETONIVS *c. l.* c. 17. Nach dieser Zeit lehreten die Grammatici in Rom öffentlich und empfingen deshalb stattliche Besoldungen. AELIVS SPARTIANVS *in Hadriano* c. 17. QVINCTILIANVS *lib. I. Instit. Orat* c. 4. hat vieles geschrieben, so zu ihrer Ehre gereichet. Wir kommen 2) auf Rhetores, welche von der Vormundschaft befreiet waren. Die Rhetores sind in Rom viel später und schwerer eingenommen worden: und man findet, daß sie von C. *Fannio Strabone* und M. *Valerio Messala* durch ein Senatusconsultum, hernach von *Cn Domitio Ahenobarbo* und L. *Licinio Crasso* durch ein edictum censorium aus der Stadt Rom getrieben worden. SVETONIVS *de clar. Rhetor.* c. 1. Nach dieser Zeit haben unterschiedene angefangen, die Rhetorik privatim zu lehren, deren etliche SVETONIVS *de clar. Rhet.* c. 2. seq. benennet. Der erste, welcher zu Rom unter *Domitiano* die Rhetorik gelehret, und eine Besoldung erhal-

halten hat, iſt wie EVSEBIVS *in Chron.* n. MMCIV. bezeuget, QVINCTILIANVS geweſen: wiewol SVETONIVS *in Veſpaſiano* c. 18. berichtet, daß *Veſpaſianus* ſchon den Griechiſchen und Lateiniſchen Rhetoribus Beſoldungen geſetzet hat. Die folgenden Keiſer haben hierin ihre Freigebigkeit dergeſtalt bezeiget, daß die Beſoldungen der Rhetorum im zweiten Jahrhundert nach Chriſti Geburt ſich jährlich auf 600. aureos belauffen haben, wie CASAVBONVS *ad Sueton. Veſpaſ. c. l.* gewieſen hat. Und was EVMENIVS *in Orat. pro reſtaur. ſchol. XI.* von ſich rühmet, iſt bekannt. Wurden auch 3) die Sophiſtæ von der Vormundſchaft befreiet. Dieſe haben mit den Rhetoribus zu Rom einerlei fata gehabt, indem ſie nebſt denſelben A. V. C. 592. aus der Stadt getrieben worden. Eben dergleichen iſt öfters geſchehen unter *Catone*, und dem Keiſer *Domitiano*, unter welchen *Epictetus* aus Rom getrieben worden. Indeſſen iſt die Weltweißheit zu Rom doch immer in Flor geweſen, und privatim gelehret worden. Zuerſt hat der Keiſer *Antoninus Pius* den Weltweiſen Beſoldungen gereichet, wie IVLIVS CAPITOLINVS erzehlet *in vita Antonini* c. 11. und von M. *Antonino Philoſopho* berichtet XIPHILINVS *lib. LXXI.* p. 814. daß er allen Lehrern eine jährliche Beſoldung gegeben hat. Daß ſolche Beſoldung jährlich 600. Aureos ausgemachet habe, hat CASAVBONVS *in Not. ad Sueton. l. c.* angemercket. Zu LVCIANI Zeiten haben ſie weniger bekommen, wie derſelbe in *Eunuch.* p. 161. T. IV. bezeuget. 4) Haben auch die Medici die Freiheit gehabt, daß ſie nicht zu den Vormundſchaften haben können gezwungen werden. Die Artzneiwiſſenſchaft hat man in Rom ſehr ſpäte angefangen zu treiben. Die Knechte waren diejenigen, welche ſich darauf adplicirten, oder auch die Freigelaſſenen, welches die Stellen bei SVETONIO *in Caligula* c. 8. SENECA *lib. III. de benef.* c. 24. VARRONE *de re ruſtica lib. I.* c. 16. QVINCTILIANO *lib. VII. Inſtit. Orat.* c. 2. ausweiſen. Ja man findet, daß die ſervæ und libertæ die Artzneikunſt getrieben haben, worunter auch die Hebammen gehörten, welche Artzney zureichen pflegten, wie dieſes aus GRVTERI *Inſcript.* p. 636 und L. 9. D. *ad L. Aquiliam* erhellet. Es hat zwar dieſes der grundgelehrte CAROLVS SPONIVS *dans les recherches curieuſes des Antiquites, diſſ. XX.* 7. und DRELINCOVRT *in Apologia Medicorum* läugnen wollen: ſie haben aber aus groſſer Liebe zu ihrer Wiſſenſchaft ſich geirret. *Iulius Cæſar* iſt, wie SVETONIVS *in Iulio* c. 42. berichtet, der erſte geweſen, welcher den Aertzten das Bürgerrecht ertheilet hat. Nachgehends hat der Keiſer *Auguſtus* ſeinem freigelaſſenen *Antonio Muſæ*, als ihn derſelbe von einer gefährlichen Kranckheit geheilet, das ius aureorum annulorum gegeben, und dem gantzen Orden der Aertzte die immunitatem zugeſtanden. DIO CASSIVS *lib. LIII.* p 592. Die Keiſer *Veſpaſianus, Hadrianus*, und andere mehr, haben dieſes privilegium beſtättiget, wie aus dem L. *ult.* D. *de muner. & honor.* erhellet. Nachdem aber ſich ſehr viele der Artzt-

neikunſt befleißigten, und dadurch die immunitatem genoſſen: ſo hat man ſich gefallen laſſen, dieſelben auf eine gewiſſe Anzahl einzuziehen. L. 7. D. *de excuſ. tut.* Was ihnen der Keiſer *Alexander* zugeſtanden, ſolches berichtet *Lampridius in Alexandro* c. 42. Die folgenden Keiſer haben ihre Freiheiten vermehret, und durch beſondere Verordnungen beſtättiget, welche ſich in *Codice Theodoſiano Tit. de Medic. & Profeſſ.* finden. Beſiehe auch BRISSONIVM *lib. II. Antiq. Select.* c. 3. Wenn nun hier von den Medicis geredet wird, ſo werden darunter Medici περιοδευταὶ verſtanden, welche BERGVNTIO PISANVS in L. 6. §. 1. D. *h. t.* durch circulatores überſetzet. Dieſes ſind keine Agyrtæ und Circumforanii, wie ANTONIVS AVGVSTINVS *ad Modeſtinum* dieſelben nennet, obgleich auch SENECA *lib. VI. de benef.* c. 10. und *Epiſt.* 29. ihnen dieſe Namen beileget, ſondern es werden darunter die Clinici verſtanden, welche in der Stadt herumgehen, und die Artzneikunſt treiben, wie dieſes MENAGIVS *in Amœn. iur. civ.* c. 35. ſehr ſchön gezeiget hat. 5) Werden von der Vormundſchaft auch befreiet die Iureconſulti oder Profeſſores Iurisprudentiæ. Die Rechtsgelahrtheit hat in Rom zu allen Zeiten geblühet. Und der erſte, welcher ſolche profitirt hat, iſt *Tiberius Coruncanus* geweſen L. 2. §. 2. D. *de Orig. Iur.* welchen bald darauf viele andere gefolget ſind. Dahero CICERO *in Bruto* c. 41. von ihnen ſaget: *nullum ſibi ad eam rem tempus ipſi ſeponebant, ſed eodem tempore & diſcentibus ſatisfaciebant & conſulentibus.* Jedoch waren nicht gewiſſe ordentliche Lehrer der Rechte, ſondern wenn einer ein Vertrauen zu ſich ſelbſt hatte, ſo pflegte er die Rechte zu lehren Nachgehends aber haben die Rechtsgelehrten angefangen, die Rechte zu Rom öffentlich zu lehren, und dafür eine gewiſſe Beſoldung zu erhalten. Und da war der Zulauf nach Rom ſo groß, daß aus allen Abendländern ſich die jungen Leute dahin begaben, um die Rechte zu erlernen L. 1. *Cod. de vet. iur. enucl.* ALTESERRA *lib III. rer. Aquit.* c. 5. Alſo blühete die hohe Schule in Rom dergeſtalt, daß zu *Theodoſii* und *Valentiniani* Zeiten drei Rhetores latini, zehen Grammatici latini, fünf Sophiſtæ græci, zehen Grammatici græci waren. CONRING *in Antiq. Acad. diſſ. I* p. 22. CELLARII diſſ. *de ſtudiis Romanorum litterariis in urbe & provinciis.* Aber nicht allein in Rom floritten ſolche hohe Schulen, ſondern auch in den Provinzen, als zu Bourges, Thoulouſe, Narbonne, Meiland, Carthago, und andern berühmten Städten: worin doch nur Rhetores & Grammatici latini & græci profitirten, wie CONRING *c. l.* p. 16. ſeqq. mit mehrern ausführet. In den Morgenländern ſtunden die hohen Schulen in einem gantz andern Anſehen. Zu *Alexandria* war ſeit den Zeiten der *Antoninorum* die hohe Schule der Aertzte in einem ſolchen Ruhm, daß einer ſich dadurch ſchon gnugſam recommendiren konte, wenn er ſich einige Zeit daſelbſt aufgehalten hatte. AMMIANVS MARCELLINVS *lib. XXII. Hiſt.* c. 43. Hernach wurde auf den hohen Schulen zu Beryto und Conſtantinopel das

ius

ius civile ſehr ſtarck getrieben: und ſonderlich war zu Beryto die Rechtswiſſenſchaft im dritten Jahrhundert nach Chriſti Geburt in einem ſehr groſſen Flor. L. 1. Cod. *qui ætat. vel profeſſ. ſe excuſ.* GREGORIVS THAVMATVRGVS *Paneg. Origen.* p. 57. ja ihr Ruhm war dergeſtalt geſtiegen, daß EVNAPIVS *in Vita Proæreſ.* p. 150. dieſelbe μυτίρατῶν νόμων nennet, aber dieſe Stadt iſt nach den Zeiten des Keiſers *Iuſtiniani* durch ein gewaltiges Erdbeben verſchüttet worden, wie AGATHIAS *lib. II. Hiſt.* p. 285. erzehlet. Bei der hohen Schule zu Conſtantinopel hat der Keiſer *Theodoſius* Lehrer der Rechte, und *Iuſtinianus* Lehrer der Weltweißheit verordnet: daß alſo dieſelbe der Römiſchen in allen gleich gemachet wurde. CONRING. *c. l.* p. 21. ſeqq. Nach dieſen verbot der Keiſer *Iuſtinianus* in L. 1. *Cod. de vet. iur. enucl.* die Rechte an einem andern Ort, als zu Rom, Conſtantinopel und Beryto zu lehren. Ueberhaupt aber wurden 6) alle Profeſſores von der Vormundſchaft befreiet, wenn ſie auch nur fleißig die ihnen aufgetragene Wiſſenſchaften trieben, und unter der Zahl der Profeſſorum begriffen waren. Aber bei allen dieſen iſt hier die Haupt-Regel zu mercken: quod privilegiatus contra æque privilegiatum non utatur ſuo privilegio. Alſo wird zwar ein Soldat, ein Profeſſor, ein Adminiſtrator rei fiſcalis von der Vormundſchaft befreiet, wenn aber der pupillus eines Soldaten Sohn iſt: ſo kan ſich der Soldat der Vormundſchaft nicht entbrechen. Iſt der Pupillus eines Profeſſors-Sohn, ſo muß ein anderer Profeſſor deſſen Vormundſchaft übernehmen. Und alſo wird auch ein Adminiſtrator rei fiſcalis gezwungen, ſeines Collegen-Sohnes Vormundſchaft zu übernehmen L. 1. 7. D. *h. t.*

§. 293. Wir haben bishero geſehen, quinam ob privilegium excuſentur a tutela ſuſcipienda, dahero wollen wir ietzo die andern Fälle, in welchen dieſes geſchiehet, durchnehmen. Solches kan geſchehen ob impotentiam, wenn Leute ſeyn, welche nicht geſchickt ſind, eine Vormundſchaft zu führen, ob gleich ſonſt an ihrer Treue und Redlichkeit nicht das geringſte auszuſetzen iſt. Und dieſes ſind die excuſationes neceſſariæ. Unter ſolchen Perſonen kommen 1) diejenigen vor, welche ſchon drei Vormundſchaften führen. Aber hierbei iſt zu mercken, α) daß alle Vormundſchaften in einem Hauſe gerechnet werden: z. E. der Vater hat eine Vormundſchaft, und von ſeinen beiden Söhnen hat ein ieder eine eigene zu verwalten, dieſes befreiet von der Vormundſchaft. β) Müſſen die Vormundſchaften nicht ſowol gezehlet, als vielmehr erwogen werden. Wenn dahero eine Vormundſchaft ſehr wichtig und groß iſt: ſo befreiet auch dieſe einen von Uebernehmung einer andern: hingegen, wenn einer drei Vormundſchaften hat, die aber gantz geringe ſeyn, ſo wird er deswegen von einer neuen nicht befreiet. γ) Werden auch die Vormundſchaften nicht gezehlet nach der Anzahl der Unmündigen, ſondern

nach der Zahl der Rechnungen. Wenn daher einer die Vormundſchaft über vier unmündige Brüder führet: ſo hält man dafür, daß er nicht mehr als eine auf ſich habe. §. 5. *Inſt. h. t.* L. 3. §. 4. D. *h. t.* δ) So findet auch keine excuſatio ſtatt, wenn die pupilli proximi pubertati ſind, alſo, daß nur etwa noch ein halbes Jahr übrig iſt, binnen welchen die Vormundſchaft noch fortzuſetzen iſt. L. 17. *princ.* D. *h. t.* ε) So entſchuldigen auch nicht die tutelæ honorariæ, welches ſolche ſind, da einer keine Verwaltung hat. L. 17. §. 9. D. *h. t.* Daher hieraus erhellet, daß hierin gar viel dem Ermeſſen der Obrigkeit zu überlaſſen ſey. ζ) Müſſen es keine tutelæ adfectatæ ſeyn, wenn einer dieſe oder jene geringe Vormundſchaft ſuchet, damit er von einer beſchwerlichern möge befreiet werden. 2) So gehöret auch unter die excuſationes neceſſarias die Armuth, und zwar eine ſolche, welche, wenn einer die Vormundſchaft übernehmen ſolte, machen würde, daß er nicht ſo viel Zeit übrig behalten könte, ſich ſeinen nöthigen Lebens-Unterhalt zu erwerben. §. 6. *Inſt. h. t.* L. 2. *Cod. de tut. qui ſatisd.* Dieſes iſt die einzige und wahre Urſache, warum ein Armer nicht zur Vormundſchaft gelaſſen wird: hingegen iſt es falſch, wenn einige vorgeben wollen, daß ſolches um deswillen nicht geſchehen könte, weil ein Armer nicht ohne Verdacht ſey. Denn es kan einer wenig im Vermögen haben, und kan dabei doch der ehrlichſte Mann von der Welt ſeyn: und es wäre eine ſehr elende Sache, wenn man die Ehrlichkeit nach dem Klang der Thaler abmeſſen wolte. Ehemals war die paupertas eine cauſſa excuſandi voluntaria: aber heut zu Tage iſt ſie ohne allen Zweifel eine cauſſa neceſſaria. Denn weil die Vormundſchaft einem nicht leichte aufgetragen wird, wenn er nicht mit unbeweglichen Gütern angeſehen iſt: ſo iſt leicht zu ermeſſen, daß heut zu Tage kein Armer zur Vormundſchaft gelaſſen werden kan, ob er gleich noch ſo bereit iſt, dieſelbe zu übernehmen. Ob eandem impotentiam excuſat 3) morbus. Es muß aber dieſes nicht etwa eine kleine Kranckheit ſeyn, und die nichts importiret, z. E. das Fieber oder Kopfweh, ſondern es muß ſolches morbus cronicus ſeyn, da einer beſtändig zu Bette liegen muß, daß er nicht einmal ſeine eigene, geſchweige anderer Leute Geſchäfte verwalten kan. §. 7. *Inſt. h. t.* L. 60 D. *de re iud.* L. *un. Cod. qui morb.* En paſſant iſt hierbei zu mercken, daß die Alten dergleichen Kranckheit morbum ſonicum genennet haben. GELLIVS *lib. XVI. Noct. Attic.* c. 4. *lib. XX.* c. 10. L. 2. §. 3. D. *ſi quis caut. in iud.* So werden auch wegen eines Unvermögens von der Vormundſchaft befreiet 4) illiterati, durch welche hier diejenigen verſtanden werden, ſo weder ſchreiben noch leſen können. Denn ſolche Leute können keine Rechnungen machen, und können daher auch nicht zugelaſſen werden. Es gehet doch aber auch an, α) wenn die Vormundſchaft nicht allzu groß iſt, und ein ſolcher ei-

einen guten natürlichen Verſtand hat. L. 6. §. *ult.* D. *h. t.* β) Wenn die Rechnung durch Kerb-Stöcker kan abgeleget werden, wie dieſes die Bauern zu thun pflegen, wovon STRYK die *diſſertation de bacillis fiſſilibus*, von Kerb-Hölzern, geſchrieben hat. Letzlich werden ob impotentiam von der Vormundſchaft befreiet 5) Septuagenarii, weil dieſes Alter ihnen vacationem gab, welches auch bei andern muneribus publicis geſchahe, aber hier werden ſtricte 70. Jahr erfordert, dergeſtalt, daß wenn ein Tag fehlet, keine excuſatio ſtatt finden kan. L. 2. *princ.* D. *h. t.* Solches bezeugen auch SENECA *lib. I. Controv. ult.* und *de brevitate vitæ.* c. 20. Daher ſchreibet SYMMACHVS *lib. I. ep. 71. Maturitate ævi tutelam amoliri.* Aber was ſollen wir ſagen, wenn wir in dem L. 3. *Cod. qui ætat. ult. prof.* leſen, daß fünf und funfzig Jahr eine cauſſam excuſandi an die Hand geben? Wir haben angemercket, daß in gedachtem Lege eine falſa lectio ſey, und ſind hierin CVIACIO *ad h. l.* und FORNERIO *lib. III. rer. quotid.* c. 2. gefolget: der Hr. OTTO aber in *Comment. ad Inſtit.* p. 148. glaubet, daß dieſes Geſätz von dem Decurionatu rede, von welchen einer, wenn er fünf und funfzig Jahr alt war, befreiet wurde.

§. 294. Endlich wurden diejenigen von der Vormundſchaft befreiet, welche mit dem Vater des Unmündigen in Todt-Feindſchaft geſtanden hatten. §. 9. & 11. *Inſtit. h. t.* Der Keiſer *Iuſtinianus* ſaget davon: *Inimicitiæ, quas quis cum patre pupillorum vel adultorum exercuit, ſi capitales fuerunt, nec reconciliatio intervenit, a tutela vel cura ſolent excuſare.* Die Römer pflegten einander ihre Privat-Feindſchaften eben ſo öffentlich anzukündigen, als wie den Krieg, wovon man viele Spuren bei den alten Schriftſtellern findet, welche LIPSIVS *ad* TACITI *Annal excurſ. lib. II.* und IACOBVS RÆVARDVS *lib. V. Var.* c. 15. zuſammen getragen haben. Wenn aber der Keiſer von capitalibus inimicitiis redet, ſo ſind ſolche zu verſtehen, welche ex capitali accuſatione entſtanden ſind, welche zwar der Tod des Vaters der Unmündigen aufhob: es konte doch aber der Angeklagte, um den Verdacht der Rache zu vermeiden, ſich excuſiren. CVIACIVS *ad* L. 6. § 17. D. *h. t.* Allein dieſes bei Seite geſetzet, ſo ſcheinet dieſes der chriſtlichen Liebe nicht gemäß zu ſeyn: und daher möchte es das Anſehen gewinnen, daß die Geſätze zulaſſen, daß nicht einmal der Tod die Feindſchaft aufhebe. Es hat aber VINNIVS *ad* §. 9. *Inſt. h. t.* wohl angemercket, daß dieſes nicht die Meinung des Keiſers geweſen, ſondern daß dieſes privilegium ſolchen Leuten deswegen zugeſtanden werde, ut pudori eorum parceretur. Denn wenn dieſelben würden gezwungen werden, die Vormundſchaft zu übernehmen: ſo würde leicht ein Verdacht entſtehen, daß ſie damit nicht allzu getreulich umgehen dürften. Damit nun dieſe widrige Meinung möchte vermieden werden, hat man

ihnen erlaubet, daß sie zu Vertheidigung ihrer Ehre, wenn sie wollen, die Vormundschaft von sich abweltzen können.

§. 295. Wir haben bishero die causas excusandi voluntarias, welche von der Vormundschaft befreien, wenn sie angeführet werden, durchgegangen: nunmehro folgen die causæ necessariæ oder prohibitoriæ, welche auch, wenn sie gleich nicht einmal angeführet werden, einen dennoch der Vormundschaft entnehmen. Denn alles, was die Menschen ungeschickt macht, anderer Leute ihre Sachen zu verwalten, das macht sie auch untüchtig, die Vormundschaft zu führen. Dahin gehöret nun 1) furor, dementia, surdities, cæcitas. Denn obgleich diejenigen Leute, welche dergleichen Gebrechen an sich haben, wenn sie im Testament zu Vormündern gesetzet worden sind, nicht von der Vormundschaft removirt werden: so können sie doch dieselbe nicht selbst verwalten, sondern es wird indessen ein Curator bestellet, welcher so lange die Verwaltung führet, bis die Hinderniß, welche jene zu Führung der Vormundschaft untüchtig macht, hinweg fällt. So findet dieses auch statt 2) bei minorennibus, welche im Testament zu Vormündern bestellet worden. Bei diesen ging es ehemals an, daß wenn sie anführten, wie sie noch nicht die Jahre dazu hätten: so wurden sie auf einige Zeit von der Vormundschaft befreiet, und es wurde ebenfals ein Curator bestellet, welcher die Verwaltung so lange führen muste, bis der Minderjährige die Majorennität erreichet hatte. Aber nach den neuen Rechten ist keine excusatio nöthig, sondern diejenigen, welche selbst eines andern Hülfe benöthiget sind, werden von der Vormundschaft abgehalten. L. *ult. Cod. de legit. tut.* Es redet aber der Keiser *Iustinianus* in §. 13. *Inst. h. t.* nur von den tutoribus legitimis und testamentariis, nicht von den dativis, daher VINNIVS und BACHOVIVS keine Ursache gehabt, denselben eines doppelten Irthums zu beschuldigen, wovon ihm VLRICVS HVBERVS *lib. III. Observat.* c. 24. und der Hr. ZACHARIAS HVBERVS P. II. *Obs. rer. iud.* p. 189. gerettet haben. Gleichergestalt befreiet von der Vormundschaft 3) militia. Denn gleichwie ein Soldat weder ein procurator seyn, noch Güter pachten konte, damit er nicht von seinem Dienst abgezogen werden möchte: also konte derselbe auch keine Vormundschaft übernehmen, solte er auch gleich dazu erbötig gewesen seyn. L. 4. *Cod qui dar. tut.* Es ist aber diese Verordnung nicht dahin auszudehnen, daß ein Soldat sich der Vormundschaft über die Kinder eines andern Soldatens entbrechen könte. Weil es gar oft geschehen kan, daß keine andern vorhanden sind, welche die Vormundschaft über dergleichen Kinder übernehmen können. Und sodann gehet es auch um deswillen nicht an, weil wir die Rechts-Regel haben: Privilegiatus contra æque privilegiatum iure suo non utitur. So findet auch diese excusatio Platz, 4) wenn

wenn einer Vormund werden ſoll, welcher mit dem Unmündigen in einer Klage lieget. §. 4. *Inſt. h. t.* Und da iſt zu mercken, daß dieſes nicht allein von einer gegenwärtigen Klage, ſondern auch von einer zukünftigen, welche den Unmündigen drohet, zu verſtehen iſt. *Nov.* 72. c. 1. 2. 4. *Nov.* 94. *proœm.* Wenn alſo einer, der zum Vormund beſtellet worden, eine wirckliche Klage mit dem Unmündigen gehabt; dieſelbe aber verſchwiegen, und die Vormundſchaft dem ohngeachtet übernommen hat: ſo kan derſelbe als ſuſpectus removirt werden. Es entſchuldiget aber von der Vormundſchaft 5) Sacerdotium & monachatus. L. 52. §. 1. *Cod. de Epiſc. & Cler. Nov.* 123. c. 5. Und hier findet ſich eben die Urſache, welche wir oben bei den Soldaten angeführet haben, damit ſie nichts von ihrem geiſtlichen Amt verabſäumen mögen. Der alte Kirchen-Vater CYPRIANVS *Epiſt. IX.* bezeuget, daß dieſes ſchon zu ſeiner Zeit angenommen geweſen ſey, da er folgendes ſchreibet: *Iam pridem in concilio epiſcoporum ſtatutum eſt, ne quis de clericis & Dei miniſtris tutorem & curatorem teſtamento ſuo conſtituat; quando ſinguli divino ſacerdotio honorati, & in clerico miniſterio conſtituti, nonniſi Altari, & ſacrificiis, & precibus, & orationibus vacare debeant.* Der Keiſer *Juſtinianus* hat hernach verböten, die Biſchöfe und Mönche zu Vormündern zu beſtellen. Hingegen iſt den Presbyteris und Diaconis erlaubet worden, die tutelam legitimam zu übernehmen. *Nov.* 123. c. 5. c. 40. C. 16. *qu* 1. Bei den Proteſtanten können die Diener des Wortes GOttes die Vormundſchaft übernehmen, wenn ſie wollen. SANDE *lib. II. Tit. IX. def.* 7. welches auch bei den Schul-Collegen ſtatt findet, wie STRYK in diſſ. *de iure præceptorum* c. V. §. 6. ausführet. Ja es ſind die Geiſtlichen bei uns gehalten, die Vormundſchaft über die Kinder ihrer Collegen zu übernehmen, wenn ſie nur unbewegliche Güter haben, oder Caution beſtellen. Letzlich findet auch dieſe exculatio ſtatt 6) bei dem Ehemann, welcher die Curatel über ſeine Ehefrau nicht übernehmen kan. L. 2. *Cod. qui dari tut.* L. 14. *Cod. de cur. furioſ.* Denn es war eine Gefahr vorhanden, der Ehemann möchte öfters auctor in rem ſuam werden, und ſeine Frau durch allerlei Schmeicheleien zu Dingen überreden, die ihr in der Folge vielen Schaden bringen könten. Man erlaubt auch nicht einmal den Bräutigam, die Curatel ſeiner Braut aus eben der Urſache zu übernehmen, wovon L. 1. § *ult.* D. *h. t* handelt. Allein heut zu Tage fällt dieſe Verordnung an den meiſten Orten hinweg, weil der Ehemann an denjenigen Orten, wo die Weiber unter einer immerwährenden Vormundſchaft ſtehen, Curator legitimus ſeiner Ehefrauen iſt, wovon wir in unſerer diſſertation, *de marito tutore vel curatore uxoris legitimo*, ausführlich gehandelt haben.

§. 296.

§. 296. Alle diejenigen Ursachen, welche von der Vormundschaft befreien, und die wir bisher umständlich angeführet, und erkläret haben, sind der Tutel und Curatel gemein: denn von beiden kan sich einer wegen dieser Ursachen loswircken. In specie aber gehöret zu der Curatel diejenige excusatio, welche von der vorher geführten Vormundschaft genommen wird. Denn derjenige, welcher Vormund eines Unmündigen gewesen ist, wird nicht verbunden, desselben Curator zu seyn, bis er die Majorennität erreichet hat. Sufficit enim amico in paucis gratificari, nec quisquam duplici onere gravandus est. L. 20. *Cod. h. t.* Jedoch leidet diese Regel auch ihren Abfall bei dem liberto, welcher von seinem Patron zum Vormund über seine Kinder bestellet worden: denn dieser ist schuldig und gehalten, daß er auch die Curatel derselben übernehmen muß. L. 14. §. 3. L. 24. D. *h. t.* L. 5. *Cod. h. t.* Denn da der Patron den Freigelassenen an Vaters statt war; (§. III.) so folgete daraus, daß er die Kinder seines Patrons als seine Brüder betrachten muste: und daher konte ein Bruder von dem andern einen mehrern Dienst fordern, als von einem extraneo. Dazu kam noch dieses. Die Alten glaubten, daß ein libertus seinem Patron ad pietatem & reverentiam verbunden wäre, weil er demselben seine Freiheit zu dancken hätte: und daher wolten sie auch haben, daß einem solchen Freigelassenen nichts zu schwer seyn müste, welches er nicht seinem Patron zu gefallen zu übernehmen hätte.

§. 297. 298. Wir haben bisher gesehen, wie mancherlei die Ursachen sind, welche einem von der Tutel und Curatel befreien können: nun ist noch übrig zu betrachten, auf was Art und Weise dieselben angeführet werden. Und hier ist folgendes wohl zu mercken, daß α) diejenigen, welche zu Vormündern gesetzet worden, ehe die excusationes geschehen, solche verbleiben, und dahero β) von dem Tage an, bis zu der Sentenz, wenn sie nicht losgezehlet werden, für alle Gefahr stehen müssen. L. 31. *pr.* D. *h. t.* l. 1. *Cod. si tut. vel curat falsf. alleg. cauff.* Denn weil man nicht vorher sehen kan, ob die Ursachen, welche einer anführen will, hinlänglich seyn werden: so wird der bestellte Vormund so lange pro tutore gehalten, bis sich zu Tage leget, ob die angeführten Ursachen durch den richterlichen Abschied entweder genehmiget, oder verworfen werden. Wird nun aber einer pro tutore gehalten: so muß er auch vor alle Gefahr gut seyn. Und daher pfleget man einem zu rathen, daß wenn er zum Vormund bestellet worden, er sogleich die Verwaltung der Vormundschaft übernehme, damit nicht durch eines andern seine übele Verwaltung ihm ein Schade möge zugezogen werden, wenn er unterdessen nur die Ursachen anführet, warum er von der Vormundschaft zu befreien, und sich mittelst einer Protestation verwahret, daß er die Verwaltung der Vormundschaft zwar antreten wolle, aber salvis exceptio-

ceptionibus. 3) Mercken wir hier an, daß die excuſationes per modum exceptionis angeführet werden. Denn gleichwie einer viele exceptiones gebrauchen kan, aber doch dergeſtalt hierin verfahren muß, daß er dieſelben alle zugleich opponirt. L. 5. L. 8. D. *de except.* alſo muß auch ein ſolcher, welcher Vormund werden ſoll, alle excuſationes zugleich opponiren. L. 13. §. 8. D. *h. t.* 4) war ehemals dieſe Verordnung angenommen, daß derjenige, welcher auſſer Rom zum Vormund war beſtellet worden, eine gewiſſe Zeit hatte, binnen welcher er ſeine excuſationes opponiren konte. Und da hatte man denſelben auf ieden Tag zwanzig lapides oder milliaria gegeben, welchen noch dreißig Tage zugegeben wurden, binnen welchen er ſeine excuſationes zu Rom opponiren konte. §. 16. *Inſt. h. t.* Aber dieſe Verordnung hat heut zu Tage keinen Nutzen mehr, a) weil die territoria unſerer Obrigkeiten nicht allzu groß ſeyn, daß man Vormünder von weit entlegenen Orten beſtimmen ſolte: b) und wenn ja einer von einem entlegenen Orte zum Vormund beſtellet werden ſolte, (welches bisweilen von den Regierungen zu geſchehen pfleget,) ſo wird alsdenn dem geſetzten Vormund nach richterlichem Ermeſſen eine Zeit beſtimmet, binnen welcher er die Vormundſchaft antreten ſoll, oder rechtmäßige Urſachen anführen, warum dieſes nicht geſchehen kan. 5) Iſt zu mercken, daß wenn einer, der zum Vormund beſtellet worden, nicht adpelliren darf an die hohe Obrigkeit, ſondern er muß die Urſachen, wodurch er ſich von der Vormundſchaft zu befreien ſuchet, ſogleich bei derjenigen Obrigkeit anbringen, von welcher er zum Vormund beſtellet worden iſt. §. 16. *Inſt. h. t.* L. 1. §. 2. D. *h. t.* Es hat aber dieſes ſeine gerechten Urſachen. Denn α) kan die Adpellation nicht eher Platz ergreifen, als bis einer ein gravamen hat. Nun aber gravirt die Obrigkeit niemanden, indem dieſelbe iemanden die Vormundſchaft überträget, ſondern alsdenn iſt es ein gravamen, wenn dieſelbe die iuſtas cauſſas excuſationis verwirft. β) Bleibt die Wohlthat der Adpellation einen ieden noch allezeit in ſalvo, wenn die rechtmäßigen Urſachen durch einen Abſchied oder Decret verworfen werden. Im übrigen erinnern dieſes unſere Geſätze deswegen, weil ſich ſonſt die Sachen bei andern muneribus publicis anders verhalten, indem da einer, welcher wider Recht und Billigkeit beläſtiget wird, ſogleich ſeine Zuflucht per modum adpellationis zum Ober-Richter nehmen kan. L. 1. §. 2. *quando adpell.*

§. 299. Wir haben in dieſem §pho, welches der letzte dieſes Titels iſt, etwas von dem heutigen Gebrauch der von uns bisher vorgetragenen Lehre beigebracht. Und da haben wir auf folgendes wohl acht zu haben: 1) daß noch heut zu Tage alle cauſſæ neceſſariæ excuſationis an allen Orten angenommen ſeyn, weil ſie ſelbſt aus der geſunden Vernunft herflieſſen. Denn wel-

welcher Richter wolte wohl so einfältig seyn, und die furiosos, mentecaptos und minores zu Vormündern bestellen: es müsse denn ein solcher selbsten furiosus seyn. 2) Mercken wir auch hierbei, daß die causſæ excusationis, welche ein privilegium zum Grunde haben, nicht an allen Orten angenommen sind. Denn es beruhet bei denjenigen, welcher in einem Staat die höchste Gewalt hat, ob er diesem oder jenem ein privilegium zustehen will. Daher denn numerus liberorum an einigen Orten von der Vormundschaft befreiet: dahingegen solches an einem andern Ort nicht geschiehet. Denn die Ursachen, welche wir oben erkläret haben, weswegen die Römer den Eltern so viele privilegia zugestanden haben, sind bei uns nicht vorhanden, weil die Leute in unsern Ländern vor den Heurathen und Kinderzeugen keinen solchen Abscheu, als wie die Römer, bezeigen, sondern sich gar zeitig zu verehligen pflegen. Daher man auf eines ieden Orts Statuta in diesem Fall sehen muß. 3) Ist auch nicht ausser Acht zu lassen, daß an den meisten Orten in Teutschland die Eheweiber unter ihrer Männer Vormundschaft stehen, wie wir dieses schon oben (§. 295.) angemercket haben, wovon wir unsere öfters angeführte dissertation, *de marito tutore vel curatore uxoris legitimo*, und des Hrn. OTTO dissertation, *de perpetua feminarum tutela*, einem ieden zum nachlesen wollen recommendiret haben. 4) Ist auch noch zu mercken, daß heut zu Tage der modus procedendi in dieser Sache von dem Alten sehr unterschieden sey. (§. 298.)

Tit. XXVI.

De Suspectis Tutoribus & Curatoribus.

§. 300.

Dieser letzte Titel wird dem vorigen deswegen gleich beigefüget, weil die remotio suspecti tutoris gleichfals ein modus finiendæ tutelæ, wie die excusatio, ist. (§. 262.) Wir haben davon eine besondere Klage, welche actio suspecti tutoris, oder crimen suspecti tutoris genennet wird, von welcher in gegenwärtigen Titel ausführlich soll geredet werden. Denn gleichwie eine Frau, welche wegen Ehebruch verdächtig war, korte angeklaget werden: L. 30. *Cod. ad Leg. Iul de adult.* so ging auch dieses bei den Vormündern an, daß dieselben desto mehr in der Treue erhalten werden, und von allem Verdacht frei bleiben möchten. Wie diese Klage von andern, welche aus der Vormundschaft entstehen, unterschieden sey, solches ist von uns

oben

oben (§. 263.) weitläuftig ausgeführet worden. Die actio ſuſpecti tutoris kan zu allen Zeiten angeſtellet werden, und alſo ſowol vor, als nach übernommener Vormundſchaft. Actio tutelæ aber ergreifet nicht eher Platz, als bis die Vormundſchaft geendiget worden, und der Vormund noch nicht Rechnung abgeleget hat. Die actio de diſtrahendis rationibus aber kan nicht eher angeſtellet werden, als bis die Rechnung abgeleget worden iſt. Nun wollen wir hier eigentlich von der erſten Klage, nemlich de ſuſpectis tutoribus handeln, und dabei ſehen: α) wer tutor ſuſpectus ſey? und, worin das crimen ſuſpecti tutoris beſtehe? (§. 301. ſeq.) β) Wer dieſe Klage anſtellen kan? (§. 303. ſeq.) γ) Gegen welche dieſe Klage ſtatt finde? (§. 305.) δ) Worauf geklaget werde? (§. 306. ſeq.) ε) Wie dieſe Klage aufhöre? (§. 308.) ζ) Ob dieſelbe heut zu Tage im Gebrauch ſey? (§. 309.)

§. 301. Zuerſt wird gefragt: wer tutor ſuſpectus ſey? und, worin das crimen ſuſpecti beſtehe? Darauf dienet zur Antwort, daß alle diejenigen ſuſpecti tutores genennet werden, welche die Vormundſchaft nicht treu und redlich führen, ſie mögen nun ſolches thun aus Bosheit, oder Verwahrloſung, oder daß ſie nicht ſolvendo ſeyn. §. 5. *Inſt. h. t.* Denn gleichwie einem die Armuth keinesweges verdächtig machet, wenn er ſonſt ein ehrlicher und redlicher Mann iſt: alſo heben auch nicht allezeit die Reichthümer den Verdacht auf. Es möchte iemand urtheilen, ein reicher Mann könne nicht pro ſuſpecto gehalten werden; denn wenn er gleich die Vormundſchaft nachläßig verwalte, und dem Unmündigen einen Schaden zufüge, ſo wäre er doch im Stande, demſelben gar leicht wieder zu erſetzen. Aber ein Rechtsgelehrter raiſonniret hier ganz anders, nempe ſatius eſſe ducit, intacta iura ſervare, quam vulnerata cauſſa remedium quærere, quæ ſunt verba elegantiſſima L. *ult. Cod in quib. cauſſ. reſt. in integr. non eſt neceſſ.* Und hieher gehöret, was der kluge SENECA *lib. I. de Ira. c. 7.* geſchrieben hat: *Facilius eſt, excludere perniciosa, quam regere, & non admittere, quam admiſſa moderari: nam cum ſe in poſſeſſione poſuerunt, potentiora rectori ſunt, nec recidi nec minuive patiuntur.*

§. 302. Hieraus erhellet nun leicht, worin das crimen ſuſpecti beſtehe? Es iſt daſſelbe adcuſatio quaſi publica tutoris vel curatoris, non ex ide gerentis, ad remotionem eius, & aliquando poenam arbitrariam infligendam comparata. Es kan aber auch zuweilen eine poena capitalis extraordinaria ſtatt finden, wenn die Boßheit des Vormundes ſo groß geweſen iſt, daß dieſelbe mit einer Leibes- oder Lebens Strafe muß beleget werden, wovon SVETONIVS *in Galba* c. 9. ein beſonderes Exempel erzehlet, und wenn es heiſſet, wie APVLEIVS *in Apolog.* ſaget: *Fortuna divitias invidit, easque, ut ſerme evenit, tutor minuit*, oder wie PERSIVS *Sat. II. v.* 12. redet:

- - Pupillumve utinam, quem proximus heres
Impello, expungam!

Es kan dieſes geſchehen, wenn der Vormund ſeinem Unmündigen nach dem Leben geſtanden, oder ſeine Unmündige genothzüchtiget hat. Denn da verordnen die Geſätze, daß ein ſolcher Vormund in ſolchen Fällen dem Præfecto urbi zur Strafe ſoll übergeben werden. Dieſe adcuſatio ſuſpectorum tutorum kömmt aus den LL. XII. *Tabb.* her, wie dieſes VLPIANVS L. 1. §. 2. D. *h. t.* und der Keiſer IVSTINIANVS in *princ. Inſt. h t.* ſelbſt erkennen. Und dieſes war auch ſchon bei den Griechen gebräuchlich, bei welchen die Klage, welche bei den Archontibus geſchahe, Φασις, und die Strafe ἐπιβολη genennet wurde, wovon DEMOSTHENES *contra Aphob. Onetor. & Nauſim*, SVIDAS, und der SCHOLIASTES ARISTOPHANIS *ad Veſp.* handeln. Auſſer der Unehre, welche einen ſolchen Vormund betraf, muſte derſelbe das quadruplum erlegen, davon die eine Hälfte der Ankläger, die andere Hälfte der Unmündige bekam. THEOPHILVS nennet dieſes *crimen* κατηγορίαν, welches eben ſo viel iſt, als adcuſatio. BRISSONIVS *de Verb. Signif.* voce *Crimen.* Von den Griechen iſt die poena dupli, und die infamia in die LL. XII. *Tabb.* gekommen, wovon IACOBVS GOTHOFREDVS *ad* LL. XII. *Tabb. Tab. VII.* folgendes Geſätz anführet: *Si tutor dolo malo gerit, vituperato, quandoque tutela finita eſcit furtum duplione luito.* Der dolus und circumſcriptio adoleſcentum wurde durch den *Legem Latoriam* geahndet. Denn ſo ſaget CICERO *lib. III. de Offic.* c. 15. *Iſte dolus malus etiam legibus erat vindicatus, ut tutela XII. tabulis & circumſcriptio adoleſcentium lege Latoria;* wovon ebenfals CICERO *lib. II. in Verr.* c. 37. und GELLIVS *lib. V. Noct. Attic.* c. 13. die Urſache anführen, *quia officia tutelæ primum iuxta parentes locum in gradibus officiorum obtinebant.* Daher PLATO *lib XI de Legibus*, und DEMOSTHENES *Orat. 2. contra Aphobum.* die Unmündigen maximum & ſanctiſſimum depoſitum genennet haben. Ob nun gleich in den LL. XII. *Tabb.* das Wort ſuſpecti nicht vorkömmt: ſo wurde doch dafür gehalten, daß vornemlich ein Verdacht da war, wenn man einen dolum malum zu befürchten hat. Daher ſagt TERENTIVS in *Eunuch. Act. III. Scen. 3.*

- - - iam dum erat ſuſpicio,
Dolo malo hæc fieri omnia.

d. i. Ich ſchöpfte damals ſchon einen Argwohn, daß es alles mit Liſt und Tücke zuging. Weil nun in dieſem *Lege XII. Tabb.* von dem Vormunde gehandelt wurde, welcher die Vormundſchaft nicht treu und redlich führte: ſo haben die Rechtsgelehrten denſelben ſuſpectum genennet, gleich wie

wie ſie auch der Klage ſelbſt den Namen criminis ſuſpecti beigeleget haben. *princ. Inſt. h. t.*

§. 303. 304. Wir wollen uns nun zu der andern Frage wenden, und dieſelbe erklären. Dieſe Frage war: wer dieſe Klage anſtellen kan? Weil dieſe Anklage quaſi publica genennet wird, wie wir in der definition geſehen haben: ſo konte ein ieder dieſelbe anſtellen, und wird dieſelbe in L. 1. §. 6. D. *h. t.* nicht deswegen publica genennet, weil in derſelben de animadverſione & diſciplina publica gehandelt worden. Denn die Boßheit des Vormundes beunruhiget nicht ſowol die Sicherheit des gemeinen Weſens, als vielmehr das Hausweſen des Unmündigen, und gehöret alſo eigentlich ad cauſſas privatas. Es hat dieſelbe auch nicht dieſen Namen deswegen, weil wegen des criminis ſuſpecti ein iudicium publicum und criminale kan angeſtellet werden, welches ſich SAMUEL PETITUS *ad Leges Atticas* p. 494. im Sinn kommen laſſen: denn es wurde hier vor dem Römiſchen Stadt-Schultheiſſen geklaget, welcher kein merum imperium hatte, ſondern nur iurisdictionem civilem. Es hat aber dieſe Anklage den Namen deswegen bekommen, weil ein ieder von dem Volck dieſelbe anſtellen konte. §. 3. *Inſt. h. t.* L. 1. §. 11. D. *ad SCtum Turpill.* Zu Athen war dieſes ebenfalls eine actio popularis, wie IULIUS POLLUX *lib. VIII. Onomaſt.* c. 6. bezeuget. Und zu Rom konte ordentlicher Weiſe niemand ohne einen Ankläger verdammet werden, wovon CICERO *pro S. Roſcio Amer.* c. 20. ſchreibet: *Nocentem, niſi fuerit adcuſatus, damnari non poſſe.* Wenn aber eine delatio oder denunciatio, oder das allgemeine Gerüchte verhanden war: ſo vertrat daſſelbe die Stelle der Anklage, und da ſagt VLPIANUS in L. 3. §. 4. D. *h. t.* daß die Obrigkeit von Amtswegen *favore pupillorum* inquiriren müſſe, welches auch CICERO lange vorher angemercket hat *Lib. I. in Verrem.* c. 56. alwo er ſaget: *Prætorem pupilli ætatem & ſolitudinem, etiamſi tutores non ſunt, defendere debere;* welches auch LACTANTIUS *lib. VI. divin. inſtit.* c. 12. beſtättiget. Weil nun dieſe adcuſatio, wovon wir oben geredet haben, keine vera publica adcuſatio iſt: ſo wird dieſelbe in unſern Rechten quaſi publica genennet, auf eben die Art, wie es quaſi contractus, quaſi delicta, quaſi poſſeſſiones, und quaſi traditiones giebet. Daß alle dieſe Redens-Arten von den Stoiſchen Weltweiſen herkommen, welche das Wort ὡσανὲι oder quaſi öfters gebrauchet, wie in dem Scholio, welches wir dem §. 303. beigefüget haben, ausführlich gezeiget wird. Es können alſo alle von dem Volck einen tutorem ſuſpectum anklagen, ob ſie gleich ſonſt die Führung der Vormundſchaft ſehr wenig angehet, weil der Republick daran gelegen iſt, rem pupilli ſalvam eſſe. Daher auch ſo gar den Weibes-Perſonen ſolches vergönnet wird, welche doch ſonſt für andere weder vorſprechen noch anklagen konten. L. 2. D. *de Reg. Iur.* L. 1. L. 2. D. *de adcuſat.* Allein

weil der faveur des Unmündigen so groß ist, so überwindet er diese Regel, und da wird alsdenn auch ein Weib zugelassen, wenn sie sich nur nicht wie die C. *Afrania* aufführet. §. 3. *Inst. h. t.* Ja es ist zu mercken, daß einige Personen gehalten sind, die Vormünder, welche nicht treulich ihr Amt verrichten, als suspectos anzuklagen, und wenn sie dieses nicht thun, so müssen sie sich gefallen lassen, deswegen Strafe zu leiden, und dieses sind die contutores oder Mitvormünder, welche, wenn sie den schlimmen Haushalter nicht anklagen, sie allen Schaden leiden müssen. L. 3. *princ.* D. *h. t.* Dahin gehören auch die liberti, welche aus egard gegen ihren Patron nicht zugeben durften, daß die Vormünder mit den Gütern der Kinder ihres Patrons umgiengen, wie sie wolten. L. 3. §. 1. D. *h. t.* Letzlich waren auch schuldig dieses zu thun, die mit den Unmündigen nahe verwandte Personen, vornemlich aber die Mutter. Der Unmündige aber kan diese Anklage nicht anstellen, weil die impuberes keine personam standi in iudicio haben, und weder vor sich, noch vor andere vorsprechen können: es wäre denn, daß sie puberes wären, alsdenn aber würde es doch nicht angehen, wenn sie noch unter 17. Jahren wären. L. 1. §. 3. D. *de postul.* Wenn sie aber aus diesen Jahren getreten sind: so können sie ihre curatores als suspectos selbst anklagen, modo id faciant cum consilio necessariorum. L. 7. *princ.* §. 4. *Inst. h. t.* Endlich muste auch die Obrigkeit ex officio nach den tutoribus suspectis inquiriren, so lange niemand dieselben anklagte, welches hier etwas besonders ist. Denn bei den Römern pflegte die Obrigkeit bisweilen von Amtswegen zu inquiriren, wenn Verbrechen waren begangen worden: aber daß solches zum Besten eines andern geschehen, davon will sich nichts finden. L. 3. §. 4. D. *de Offic. Præsidis.*

§. 305. Wir haben gesehen, welche Personen suspectos tutores anklagen können: wir müssen nunmehro auch die dritte Frage erwegen, gegen welche diese Klage statt finde? Wir antworten darauf aus der (§. 302) gegeben definition, daß alle diejenigen, welche die Vormundschaft nicht treulich und redlich verwalten, können als suspecti angeklaget werden, es mögen tutores testamentarii, legitimi oder dativi seyn. Es ist auch nichts daran gelegen, wenn gleich ein tutor suspectus sich zur Caution erbieten solte, aus der Ursache, welche wir oben (§. 302.) angeführet haben: quia melius est ab initio iura sarta tectaque observare, quam vulnerata causa remedium quærere. Wozu noch kommt, daß nach geendigter Vormundschaft eine neue Klage gegen die Bürgen entstehet, bei welcher neue Unkosten würden müssen gemacht werden. Daher man einem solchen verdächtigen Vormunde die Verwaltung der Vormundschaft lieber in Zeiten abnimt. Ob nun aber gleich dieses alles wovon wir bishero geredet haben, sich in That und Wahrheit

also

also befindet: so pfleget man doch nicht leicht einen tutorem legitimum zu removiren, denn ein solcher ist der proximus agnatus und Anverwandter des Unmündigen. Da nun aber die abgesetzten Vormünder ehrlos werden, und diese Unehre einigermassen den Unmündigen selbst treffen würde, wenn dessen Mutter oder Vaters-Bruder, oder ein anderer naher Verwandter ehrlos würde: so pfleget man auf diesen Umstand seine Absicht zu nehmen, und die tutores legitimos nicht abzusetzen, sondern ihnen einen Curator an die Seite zu geben, welcher die Vormundschaft verwalten muß. L. 9. D. *h. t.* Und auf solche Art hat man den Unmündigen genug gerathen, weil alsdann der Vormund nicht mehr nach Gefallen mit den Gütern des Unmündigen schalten kan, und dabei doch seine Ehre und guten Leumund behält.

§. 306. 307. Da wir gesehen haben, wieder welchen diese Anklage kan angestellet werden: so müssen wir auch die vierte Frage betrachten, nemlich worauf geklaget werde? Wir antworten hierauf gleichfalls aus unserer definition, (§. 302.) daß ordentlicher Weise auf die Absetzung muß geklaget werden: ausserordentlicher Weise aber wird bisweilen auf eine ausserordentliche Strafe geklaget, wenn nemlich eine besondere Boßheit und Betrug des Vormundes sich zu Tage leget. Von einem ieden wollen wir insbesondere reden. Diese Klage wird erstlich angestellet, daß der Vormund soll abgesetzet werden. Hierbei pfleget man diese Ordnung zu beobachten, daß so bald als die Anklage angestellet ist, dem Vormunde die Verwaltung der Vormundschaft untersaget wird, welches die Practici suspensionem nennen. Und diese Art zu verfahren wird auch bei andern Anklagen beobachtet, wenn ein Mann, der sonst in einem Amt stehet, auf Artikel antworten muß. Denn da wird alsdenn derselbe so lange von seinem Amt suspendirt, bis dessen Unschuld bekannt wird, quia reatus omnem dignitatem excludit. Es wird also der Vormund nicht gleich von der Anklage an seines Amts entsetzet, (denn wenn man dieses thun wolte, so würde es eine Strafe seyn, von welcher man nicht den Anfang machen muß) sondern er wird nur suspendirt, d. i. es wird ihm die Verwaltung der Vormundschaft untersaget, damit er unterdessen nicht etwa noch übler mit des Unmündigen Gütern hanthieren möge. §. 7. *Inst. h. t.* Wenn nun dieses geschehen ist, so wird causſæ cognitio angestellet, woraus erhellen muß, ob er die Vormundschaft gut, oder übel verwaltet hat. Im ersten Fall wird die suspensio aufgehoben, und der Vormund wird losgezehlet: wobei ihm verbleibet, daß er wieder demjenigen klagen kan, welcher ihn angegeben hat, im letztern Fall aber, wenn er die Vormundschaft übel verwaltet hat, so wird er gantz und gar abgesetzet, und wird entweder ehrlos, oder es wird ihm sein guter Name vorbehalten. Die Ehrlosigkeit findet alsdenn statt, wenn er propter dolum vel latam culpam verurtheilet

wor-

worden ist. §. 6. *Inst. h. t.* L. 6. §. 1. D. *h. t.* L. *ult. Cod. h. t.* Denn die culpa lata wird hierin dem dolo gleich geschätzet. L. 226. D. *de Verb. Signif.* Es geschiehet dieses auch in causis famosis L. 11. §. *ult.* D. *de his, qui not. infam.* und auch in dieser Sache selbst. L. 7. D. *h. t.* Bisweilen geschiehet es sine infamia, wenn der Vormund bloß ob culpam abgesetzet wird. L. 3. §. *ult.* D. *h. t.* Bisweilen ist weder ein dolus, noch culpa des Vormundes vorhanden, und der tutor ist nur contumax, alsdenn pfleget der Vormund nicht abgesetzet zu werden, und wird auch nicht ehrlos, sondern der Unmündige wird in dessen Güter immittiret, z. E. wenn er dem Unmündigen keine alimenta reichet. L. 3. §. 14. L. 7. §. 2. D. *h. t.* Daß aber ein Vormund, welcher als suspectus abgesetzet wird, an seinen Ehren Abbruch leide, solches hat seine gute Richtigkeit. Und daher nennet CICERO *de Orat. lib. I.* c. 26. *turpe tutelæ iudicium*; und *pro Q. Roscio Comœdo* c. 6. schreibet er: *Si qua sunt privata iudicia summæ existimationis & pœnæ dicam capitis tria hæc sunt, fiduciæ, tutelæ, societatis. Aeque enim perfidiosum & nefarium est, fidem frangere, quæ continet vitam, & pupillum fraudare, qui in tutelam pervenit; & socium fallere, qui se in negotio coniunxit.* Und was eben dieser CICERO *pro S. Roscio* c. 38. von dem mandato schreibet, kan ebenfalls auf die Vormundschaft angewendet werden. Dessen Worte lauten also: *Itaque mandati constitutum est iudicium. Non minus turpe, quam furti: credo propterea, quod quibus in rebus ipsi interesse non possumus, in his operæ nostræ vicaria fides amicorum supponitur: quam qui lædit, oppugnat omnium commune præsidium, & quantum in se ipso est, disturbat fide societatem.* Die Haupt-Frage ist, ob ein Vormund, der ob latam culpam condemnirt worden, ehrlos werde? Wir haben dieses kurtz vorher behauptet, und die leges aus unsern Rechten angeführet, woraus dieses erhellet, daher wir uns wundern, daß der Herr OTTO *in Comment. ad Instit. h. t.* p. 155. seqq. das Gegentheil zu zeigen sich bemühet hat. Zweitens ist zu mercken, daß auch bisweilen der Vormund mit einer ausserordentlichen Strafe beleget wird, wenn erhellet, daß derselbe eine grosse Boßheit oder Betrug gespielet hat, z. E. wenn ein Freigelassener über die Kinder seines Patrons Vormund gewesen ist, und die Vormundschaft nicht treu und redlich geführet hat; denn auf solche Art wird sein Verbrechen durch die grosse Undanckbarkeit desto gröſſer gemacht. Also findet auch ein gleiches statt, wenn sich zu Tage leget, daß der Vormund dem Unmündigen nach dem Leben gestanden hat, wovon wir oben ein Exempel bei SVETONIO *in Galba* c. 9. angeführet haben, da war ein Vormund gewesen, welchen der Vater dem Sohne substituiret hatte, der tutor aber hatte dem Pupillen vom Brodte geholfen. *Galba* befahl denselben zu creutzigen, und als dieser rufte, er sey ein Römischer Bürger, ließ er ihm ein weisses, und über die andern

er-

erhöhetes Creutz setzen. Bei solchen Fällen aber pflegte der Prætor dergleichen Uebelthäter dem Præfecto Vrbi zu übersenden, damit er von demselben mit einer ausserordentlichen Strafe möchte beleget werden. L. 1. §. *ult.* D. & §. 10. 11. *Inst. h. t.* Die Ursache lieget am Tage; denn weil der Prætor nur über Schuld und Gut richten konte, nicht aber das ius gladii oder merum imperium hatte, welches seit den Zeiten *Augusti* intra urbem vel centesimum milliare extra eam dem Præfecto Vrbi war gegeben worden. L. 1. *princ.* §. 3. 4. 10. D. *de Præfect. Vrb.* TACITVS *lib. VI. Annal.* c. 11 DIO CASSIVS *lib. LII.* p. 547. SVETONIVS *in Augusto* c. 37. so siehet man daraus, warum nöthig gewesen, daß der Prætor den Missethäter dem Præfecto Vrbi übergeben müssen. Und dieses pfleget auch heut zu Tage in acht genommen zu werden, so oft bei einem, der nur die bürgerlichen Gerichte hat, eine peinliche Sache vorfällt, denn da pfleget alsdenn solches dem Richter, der die peinliche Gerichtbarkeit ausübet, zur Inquisition denuncirt zu werden. Dieses war de modo procedendi. En passant wollen wir noch etwas anmercken von der suspension, welches wir zwar schon oben erwehnet haben, iedoch vor nöthig finden, dasselbe hier zu wiederholen. Wir haben oben gesagt, daß die suspension nicht allein bei Vormundschaften, sondern auch in andern Fällen statt finde. Denn so oft gegen einen, der in einen öffentlichen Amte stehet, eine peinliche Anklage erhoben wird, so oft pflegt man denselben von seinem Amt zu suspendiren, bis seine Unschuld am Tag kommt. Denn das würde ein erschreckliches Aergerniß geben, wenn z. E. ein Geistlicher den Kirchendienst verrichten wolte, wenn er wegen eines Ehebruchs angeklaget worden. Ein solcher wird sogleich ab officio suspendirt. Es ist aber die suspensio zweierlei, *α*) ab officio, wenn einer die Besoldung behält, und nur nicht das Amt verwalten darf, und *β*) a beneficio, wenn ihm auch die Besoldung genommen wird. Jene findet statt, wenn eine Anklage oder Inquisition angestellet worden, und also wegen bloßen Verdacht eines Verbrechens, obgleich die indicia remotissima sind: diese aber wird einem als eine Strafe aufgeleget, wenn das Verbrechen nicht eben so beschaffen ist, daß einer seines Amts kan entsetzet werden.

§. 308. Jetzo kommen wir auf die fünfte Frage, nemlich, wie diese Klage aufhöre, oder hinweg falle? Denn weil dieses eine adcusatio famosa ist: so wird sie einigermassen restringirt. Daher höret dieselbe sogleich auf, 1) wenn der reus stirbt, dafern nur noch kein Urtheil in der Sache ergangen ist. §. 8. *Inst.* L. *penult.* D. *h. t,* nam crimina omnia morte exspirant. L. 20. D. *de excusat.* Die vornehmste Ursache aber ist diese, weil dadurch geklaget wird ad remotionem cum infamia: nun aber kan ein Todter weder abgesetzet, noch ehrlos, noch gestraft werden. Es möchte aber iemand dencken, es

wäre gleichwol dem Unmündigen daran gelegen, daß ihm der verursachte Schade ersetzet werde: allein darauf dienet zur Antwort, daß der Unmündige die actionem tutelæ hat, wodurch er von den Erben des Vormundes, dem Bürgen und ihren Erben, wie auch der Obrigkeit und ihren Erben, Ersetzung des Schadens fordern kan, wie wir oben (§. 284.) gezeiget haben. Und daran kan sich der Unmündige genügen lassen, weil man nicht nöthig hat, die Anklage gegen den verstorbenen Vormund fortzusetzen. Höret dieselbe auch 2 auf, wenn die Vormundschaft vor gefälleten Urtheil geendiget wird. Denn wie kan derjenige wohl von der Vormundschaft cum infamia abgesetzet werden, welcher schon aufgehöret hat, Vormund zu seyn. L. *penult.* D. L. 1. *Cod.* § 8. *Inst. h. t.* Daneben ist doch dem Unmündigen nicht verwehret, nach geendigter Vormundschaft wieder den gewesenen Vormund zu klagen, denn da hat er actionem tutelæ ad damnum omne dolo, culpave etiam levitatum, resarciendum. (§. 263.)

§. 309. Nichts ist mehr übrig, als daß wir noch eines und das andere von dem heutigen Gebrauch dieser Lehre hinzusetzen. Ehemals waren diese Anklagen bei den Römern sehr gewöhnlich wie VLPIANVS, zu seiner Zeit bezeuget in L. 1 *princ.* D. *h. t.* Nachgehends kamen dieselben ausser Gebrauch, und man findet nicht, daß dieselben öfters angestellet worden sind. Die Ursache ist ohne Zweifel diese gewesen, weil die Obrigkeiten angefangen haben, von Amtswegen Sorge zu tragen, damit den Unmündigen kein Schade zugefüget werden möchte: indem sie wohl wusten, daß sie konten belanget werden, wenn die Vormünder eine übele Verwaltung führeten, oder die Bürgen ausser Stand gesetzet wurden, dafür zu haften. Daher haben dieselben seit dieser Zeit geglaubet, man müsse nicht erst warten, bis einer einen Vormund als suspectum anklagte, sondern sie sind selbst darauf bedacht gewesen, ein wachsames Auge auf die Vormünder zu haben, und dieselben sogleich abzusetzen, so bald sich ein Verdacht wieder sie ereignet. Und daher hat man nach dieser Zeit so wenig accusationes suspectorum tutorum wahrgenommen. Daß heut zu Tage aber dieselben noch viel seltener seyn müssen, kan daraus leichtlich ersehen werden. Denn α) pfleget die Obrigkeit in den Verbrechen, welche ein böses Beispiel geben, selbst zu inquiriren, nicht aber die privati. Daher denn entweder der Fiscal solche Verbrechen rüget, oder die Obrigkeit inquiriret von Amtswegen. β) Ist heut zu Tage an den meisten Orten die Gewohnheit angenommen, welche auch die Reichs-Abschiede bestättigen, daß die Vormünder jährlich die Rechnungen ablegen müssen, und man also da nicht so lange wartet, wie bei den Römern, bei welchen die Rechnung erst nach geendigter Vormundschaft abgeleget wurde. Daher weiß die Obrigkeit alle Jahr, ob die Vormünder die Vormundschaft treu und redlich verwal-

walten: und der Vormund kan auf ſolche Art nicht leicht mit den Gütern des Unmündigen hanthieren, wie er will: und daher haben wir auch dergleichen Anklagen nicht mehr nöthig. Dazu kömmt noch, γ) daß heut zu Tage die actiones populares bei uns hinweg fallen, da iedermann von dem Volck klagen konte; dieſes aber iſt noch heut zu Tage an allen Orten angenommen, daß wenn es ſich zu Tage leget, daß er Vormund nicht treu und redlich hausgehalten hat, derſelbe ob dolum vel latam culpam cum infamia, ob culpam levem ſine infamia kan abgeſetzet werden, obgleich keine quaſi publica adcuſatio vorhergegangen iſt. Jedoch kan auch nicht geläugnet werden, daß dieſelbe gantz und gar auſſer Gebrauch ſey. Denn es iſt mir ſelbſt ein Exempel bekannt, daß ein Curator furioſi ſalva exiſtimatione als ein ſuſpectus curator abgeſetzet worden, obgleich die Sache nicht eben civiliter, ſondern per modum inquiſitionis traktiret worden.

FINIS LIBRI I.

Liber II. Tit. I.

De Rerum Diviſione & Adquirendo Earum Dominio.

§. 310.

Bishero iſt von den erſten obiecto iuris, nemlich dem iure perſonarum gehandelt worden: ietzo wollen wir von dem iure rerum handeln, alwo unterſchiedene Eintheilungen zum voraus müſſen geſetzet werden. Dieſer Titel wird überſchrieben: *de rerum diviſione, & adquirendo earum dominio.* Hierin iſt der Keiſer *Iuſtinianus* dem alten Juriſten *Caio* gefolget, welcher ebenfalls dieſe Eintheilung gemacht hat. Wegen der Inſchrift iſt zu mercken, daß die Worte *& adquirendo rerum dominio* von THEOPHILO, CONTIO, PACIO und CHARONDA weggelaſſen worden, welche meinen, daß dieſelben vom Anfang her nicht dabei geſtanden hätten. Allein, weil in *Inſtitutionibus* der gröſte Theil dieſes Titels, vom §. 11. bis zum Ende deſſelben, *de adquirendo rerum dominio* handelt: ſo ſiehet man gar leicht, daß die obangeführten Worte in der Rubrik nicht können weggelaſſen werden.

De Rerum Diviſione.

§. 311. 312.

Vor allen Dingen müſſen wir ſehen, was bei den Rechtsgelehrten res heiſſe? Die Rechtsgelehrten machen einen Unterſchied inter rem & pecu-

cuniam, jenes haben wir in weitläuftigen, dieſes aber im engeren Verſtande genommen. Res heiſſen alle Dinge, welche da ſeyn, und den Menſchen einen Nutzen bringen können, es mögen dieſelben in oder auſſer unſern patrimonio ſeyn, z. E. die Luft, das Waſſer und das Meer ſind res, ob ſie gleich in keines patrimonio ſind, was aber wircklich in unſerm patrimonio iſt, das wird pecunia genennet. L. 5. *princ.* D. *de Verb. Signif.* Und alſo nennen die Rechtsgelehrten nicht allein das Geld pecuniam, ſondern alles, welches wir in unſern Vermögen und Gewalt haben, z. E. Knechte, Vieh, Aecker, Wieſen, Güter, u. d. m. Daher ſtunde in LL. XII. *Tabb. Paterfamilias uti legaſſit de familia pecuniave ſuæ rei &c.* Und der Kirchen-Vater AVGVSTINVS *de diſciplin. Chriſtian.* c. 6. T. VI. *Opp.* p. 585. erkläret dieſes mit folgenden Worten ſehr ſchön: *Quidquid enim homines poſſident in terra, quorum domini ſunt, pecunia vocatur, ſervus ſit, vas, ager, arbor, pecus: quicquid horum eſt, pecunia vocatur.* Die Urſache dieſer rechtlichen Benennung kömmt daher, weil der alten ihre gröſten Reichthümer in pecudibus & iumentis beſtunden. Daher denn auch die Worte, welche dieſe Reichthümer anzeigeten, hergeleitet worden ſind, z. E. pecunia, peculium, peculatus. Faſt auf gleiche Art haben es die Jüden gemacht, welche alles dasjenige, was ſie in Vermögen hatten, und wircklich beſaſſen, Brodt nenneten: wie denn auch wir Teutſche dieſe Gewohnheit haben, da wir von einem reichen Manne zu ſagen pflegen: dieſer Mann hat ſein Stück Brodt. Und nach dem Concept, welchen die Jüden davon gehabt, hat auch unſer Heiland in dem Vater unſer geredet: Unſer tägliches Brodt gib uns heute, welches der ſel. D. LVTHER in dem Catechiſmo gar recht erkläret hat: Alles, was zur Leibes Nahrung und Nothdurft gehöret, als Eſſen, Trincken, Kleider, Schuhe, Haus und Hof, Weib und Kind ꝛc.

§. 813. Aus dieſer zum voraus geſetzten Erklärung wird man im Stand geſetzet, die erſte Eintheilung der Dinge zu verſtehen: aliæ res ſunt divini, aliæ humani iuris. Dieſe Eintheilung hat CAIVS in L. 1. D. *de div. rer* gemachet. Dieſe Worte werden zwar in CAII *Inſtitutionibus* anders geleſen: man darf ſich aber dieſes nicht irren laſſen, weil dieſelben der Weſt-Gothiſche Cantzler ANIANV. alda eingeſchaltet hat, wie HIERONYMVS ALEXANDER *in Notis ad* CAI *Inſtit lib. II. Tit.* §. 1. angemercket hat. Denn obgleich die res divini iuris in keines Menſchen patrimonio ſind, iedoch weil ſie exiſtiren, und den Menſchen einen Gebrauch leiſten: ſo werden ſie auch res, nicht aber pecunia genennet. Es heiſſen aber res divini iuris, welche gleichſam dem Eigenthum der Menſchen entnommen, und GOtt zugetheilet und geheiliget ſind. Denn dieſen Begrif haben ſich die Heiden, und auch die Chriſten zu den Zeiten des Keiſers *Juſtiniani* davon gemacht, gleichſam als wenn nicht alle

Din-

Dinge ohnedem schon in dominio Dei wären. Res humani iuris aber werden genennet, quæ in dominio & commercio hominum sunt, e. g. ager, prædia, quadrupes. Es werden aber die res diuini iuris wieder eingetheilet in sacras & religiosas. Denn die res sanctæ sind nur quodammodo divini iuris, quia & ipsæ quodammodo pontificio iure continebantur. CICERO *de Nat. Deor. lib. III. c. ult.* L. 1. *princ.* D. *de diviſ. rer.* Denn die res sanctæ, wie wir bald hernach sehen werden, waren die Mauern und Thore der Städte: wer wird aber läugnen, daß die Mauern und Thore der Städte in dominio reipublicæ seyn? Weil doch aber auch die Mauern denen Götzen und heroibus zugeeignet wurden, so sagte man, daß dieselben quodammodo divini iuris wären. Diese Eintheilungen sind heidnisch, und doch hat sie der Christliche Keiser *Iuſtinianus* beibehalten, welches uns zu erkennen gibt, daß zu dessen Zeiten, d. i. im sechsten Jahrhundert nach Christi Geburt, man angefangen hat, vieles aus dem Heidenthum in das Christenthum aufzunehmen. Es hat ehemals der berühmte Rechtsgelehrte zu Rinteln, KÆSTNER, eine schöne dissertation geschrieben, *de Iurisprudentia paganizante*, worin er dieses, was wir eben gesagt haben, mit vielen Gründen und Beweißthümern bestärcket hat.

§. 314. Wir wollen von ieden Dingen insbesondere handeln. Res sacræ wurden genennet publicæ consecratæ (Diis superis,) a pontificibus, vel principe (tamquam pontifice maximo) §. 8. *Inſt. h. t.* l. 6. §. 3. l. 9. *pr.* & §. 1. & 2 D. *h. t.* Solte eine Sache res sacra seyn: so wurde darzu erfordert 1) Consecratio, welche mit vielen Ceremonien und Gebräuchen vollzogen wurde. Denn die Römer glaubten, daß die Götzen-Tempel von ihren Göttern leibhaftig bewohnet würden. Daher sie denn dieselben durch so viele Ceremonien dahin ruften, und gleichsam in die Tempel einschloſſen. Diese res sacræ wurden den Diis superis geheiliget, durch die Inauguration, da die Augures den Umfang solenniter einnahmen, welches man inaugurari nennte. FESTVS voce *Sacer* p. 417. TACITVS *lib. IV. Hiſt.* c. 83. CICERO *pro Domo.* c 53 Welche Oerter aber nicht inaugurirt waren, die nennete man auch nicht Tempel, sondern ædes sacras, wie GELLIVS *lib. XIV. Noct. Attic.* c. 7, bezeuget. So geschahe auch die lustratio areæ, welche von den Soldaten geschahe, quibus fausta erant nomina, felicibus ramis. Darauf folgeten die Vestalischen Jungfrauen mit Knabens und Mägdleins, welche Wasser aus den Brunnen, Bächen und Strömen trugen, und damit den ganzen Boden benetzten. Endlich war die Obrigkeit bei der Hand, welche unter Vorangehen des obristen Priesters einen Ochsen, Schwein und Schaaf opferten, und das Eingeweide auf einen Wasen legten. So dann beteten sie zu den Göttern, und legten den Grund mit einem grossen Steine, welcher

lapis auſpicalis genennet wurde. TACITVS *lib. IV. Hiſt.* c. 83. GRVTERVS *Inſcript.* p. 39. n. 5. War das Gebäude vollführet: ſo geſchahe die dedication, welche ein magiſtratus maior in Gegenwart des obriſten Prieſters verrichten, und ein ſolemne carmen recitiren muſte. CICERO *pro Domo.* c. 47. LIVIVS *lib. II.* c. 8. welches Carmen PLVTARCHVS *In Poplicola* p. 104. nennet, νενομις μένας ἐπὶ τῇ καθιερώσει φωνάς, *legitima dedicationis verba.* Von dieſen Ceremonien wurden die Tempel Fana genennet, wovon FESTVS voce *Fanum.* p. 287. und VARRO *de Lingua Latina lib. V.* c. 7. p. 38. ſchreiben: *Fanum a Fano dictum, ſive a fando, eo quod, dum Pontifex dedicat, certa verba fatur.* Die Formeln davon hat mit groſſem Fleiß zuſammen getragen BARNABAS BRISSONIVS *de Formulis* p. 124. Wir wollen hiervon das Exempel anführen, da *Romulus* dem *Iovi Feretrio* einen Tempel geweihet hat: welche Formel alſo lautet: *Iupiter Feretri, hæc tibi victor Romulus rex arma fero, templumque iis regionibus, quas modo animo metatus ſum, dedico, ſedem opimis ſpoliis, quæ, regibus ducibusque hoſtium cæſis, me auctorem ſequentes poſteri ferent.* LIVIVS *lib. I* c. 20. Sodann pflegten ſie dieſer Weihung gewiſſe Geſätze beizufügen, welche BRISSONIVS *de Formulis* p. 125. gleichfals anführet. Wenn dieſes nun alles ſo war beobachtet worden: ſo glaubten ſie, das göttliche Weſen hätte den Ort ſo eingenommen, daß derſelbe niemals wieder in das Eigenthum eines privati gelangen könte, wenn auch gleich das Gebäude umgeriſſen worden, oder umgefallen wäre. PLINIVS *lib. X. ep. 76.* L. 6. D. *de diviſ. rer.* L. 73. D. *de Contrah. emt.* OVIDIVS hat *lib. I. Faſtor. v. 603. ſeqq.* die Sache in folgenden Verſen ſchön erkläret:

Sacra vocant auguſta patres: auguſta vocantur,
Templa ſacerdotum rite dicata manu.

2) Es muſte aber dieſe conſecratio publice geſchehen. Denn die alten Römer wendeten groſſe Vorſicht an, daß kein fremder Gottesdienſt etwa in Rom möchte eingeführet werden, welches gar leicht hätte geſchehen können, wenn einem ieden Privat-Mann wäre erlaubet geweſen, ſich einen beſondern Gottesdienſt zu erwehlen, und ſeine ſacra vor ſich zu haben, wie Hr. BYNKERSHOEK *de religione peregrina* gar fein gezeiget hat. Bei den Griechen wurde es ebenfals ſo gehalten, wovon uns CORNELIVS NEPOS *in Alcibiade* c. 3. überzeugen kan. Und wem iſt unbekannt, daß *Socrates* deswegen den Gift-Becher trincken müſſen, weil er von den Göttern, welche die gantze Stadt verehrte, nichts hielte, ſondern ein gantz ander Weſen verehrete, wie DIOGENES LAERTIVS *in Vitis Philoſophorum* zeiget. Gleicherweiſe wurde dieſes auch bei den Römern ſehr ſtreng beobachtet, welches das Exempel der Bacchanalien erweiſen kan. Da viele hundert, ja tauſend Leute hingerichtet wor-

worden, weil sie dieses Fest nicht öffentlich, sondern in der Stille gehalten hatten, wovon LIVIVS *lib. XXXVIII.* c. 8. nachzulesen. Dahero musten die res sacræ publica auctoritate consecrirt werden. Es hatte zwar bei den Römern ein ieder seine sacra privata domestica, welches die Dii penates und Lares waren, welchen in den Häusern die Heerde gewidmet waren, und welchen man auch zu opfern pflegte. Aber diese sacra privata wurden nicht privata, sondern publica auctoritate, d. i. durch die Priester eingeführet. Hatte einer sich gewisse sacra gesetzet, das war nicht sacrum, sondern profanum. L. 6 §. 3. D. *de divis. rer.* 3) Wurde erfordert, daß diese Heiligung entweder durch den obersten Priester, oder von dem Keiser geschehen muste. Denn die Keiser hatten das oberste Priesterthum deswegen zu sich gezogen, damit sie die Religion, und alles, war derselben anhängig war, desto leichter nach ihren Nutzen einrichten möchten, um den Pöbel in Zaum zu halten. Und daher kan man nun leichtlich die Ursache angeben, warum die Christlichen Keiser, nemlich *Constantinus* M., *Gratianus*, u. a. m. diese Titel bei ihre Namen gesetzet haben. Man hat davon zwei schöne Schriften, nemlich IACOBI GOTHOFREDI, und IO. ANDR. BOSII, *de Pontificatu maximo Imperatorum Christianorum*, wovon die letzte GRÆVII *Thesauro Antiquitatum Romanarum* einverleibet worden. 4) Musten die res sacræ den Diis superis oder coelitibus, z. E. *Iovi*, *Marti*, *Iunoni*, *Veneri* geheiliget werden. Denn res sanctæ wurden den Diis Medioxumis, res religiosæ den Diis inferis oder Manibus zugeeignet. Ob nun gleich dieses alles nach dem Heidenthum riechet: so haben doch die Christen diesen schädlichen Aberglauben beibehalten, und sich überredet, daß die Kirchen, Altäre Kelche, und andere Sachen noch mehr, heut zu Tage GOtt oder den Heiligen von den Bischöfen müsten geweihet werden, woraus alsdenn res sacræ entstünden. Gleichsam, als wenn Christus nicht gesagt hätte: es käme die Zeit, und wäre schon ietzt, daß man weder zu Jerusalem noch auf dem Berge Garitzim anbeten werde, sondern daß man aller Orten heilige Hände aufheben könne.

§. 3. 5. Nachdem wir die definition von den rebus sacris betrachtet haben: so wollen wir noch etwas von derselben Rechten vorietzo beibringen. Die Römischen Rechtsgelehrten machten aus dieser definition folgende Schlüsse; 1) Res sacras in nullius bonis esse. L. 1. *princ.* L. 6. § 2. D. *h. t.* Denn durch die Consecration wurden diese Sachen dem menschlichen Eigenthum entzogen, und GOtt zugeeignet, und dahero brauchte der unruhige Römische Zunftmeister, P. *Clodius*, die ausgesonnene List, daß er verordnete, man solte *Ciceronis* Haus der *Minervæ* heiligen. Welches in keiner andern Absicht geschahe, als daß *Ciceroni* alle Hofnung möchte benommen werden, sein Haus iemals wieder zu bekommen, als welches alsdenn allen menschlichen

chen Eigenthum entnommen war. CICERO *pro Domo.* 2) Schlossen die alten Rechtsgelehrten ferner daraus, res sacras nec æstimationem recipere, nec obligari alienarique poss. §. 8. *Inst. h. t.* L. 9. §. 5. D. *eod.* Denn was nicht in commercio ist, das kan auch nicht geschätzet werden. Z. E. Die Luft kan nicht geschätzet werden, ob sie gleich den Menschen eine so nutzbare Sache ist, denn sie ist nicht in commercio. Daher denn auch die res sacræ keine Schatzung annehmen; was nicht kan geschätzet werden, das kan man auch nicht verkaufen, noch unter einem andern Titel alieniren, wie aus dem Exempel von der Luft erhellet. 3) Machten sie auch daraus diesen Schluß: loca sacra manere etiam destructo ædificio. L. 6. §. 3. D. *h. t.* Und führet PLINIVS *lib. X. ep. 76.* davon ein Exempel an. Ratio erat hæc, quia religio ipsum locum & aream occupare credebatur. Doch waren hiervon zwei Fälle ausgenommen, α) wenn eine Stadt von dem Feinde war eingenommen worden, denn da hörten alle sacra auf, weil die Alten glaubten, daß die Götter, ehe eine Stadt an den Feind überginge, aus derselben auszögen. β) Der andere Fall war, si sacra essent evocata. L. 9. §. 2. D. *h. t.* Die Alten, wenn sie eine Stadt belagerten, pflegten vor allen Dingen darauf bedacht zu seyn, wie die Sacra aus der Stadt möchten evocirt werden. Daher hielten sie Opfer, und suchten dadurch die Götter aus der Stadt zu locken: wie sie denn auch glaubten, daß wenn eine Stadt erobert worden, die erzörnten Götter heraus gezogen wären, und sich zu den Feinden verfüget hätten. Daher *Æneas* bei VIRGILIO *lib. II. Æneid. v. 349 seqq.* seine Gesellen also anredet:

- - - Quæ sit fortuna videtis,
Excessere omnes, adytis arisque relictis,
Di, quibus imperium hoc steterat.

Und bei PETRONIO *in Satyr.* p. 56. heisset es von Troja:

Iacet Sacerdos, inter aras victima,
Plangitque terram, sic profanatis sacris.
Peritura Troia perdidit primum Deos.

Daher saget TACITVS *lib. V. Hist.* c. 13. da er von den Zeichen redet, welche vor der Zerstörung der Stadt Jerusalem vorhergegangen: *Expassæ repente delubri fores, & audita maior humana vox, excedere Deos. Simul ingens motus excedentium.* Und als *Hannibal* eine Stadt in Sicilien eingenommen hatte, und die Bürger zu Syracus die Verwüstung der Tempel verbitten wolten, antwortete er ihnen: *Selinunte iam excessisse Deos incolis infensos.* Wie inzwischen

ſchen der ritus evocationis Deorum beſchaffen geweſen, davon haben die beeden gelehrten Männer HENRICVS de COCCEII, und IO. GVIL. BERGER in beſondern diſſertationen gehandelt, wobei auch MACROBIVS *lib. III. Saturn.* c. 8. IACOBVS RÆVARDVS *lib. II. Coniectan.* c. 17. und BRISSONIVS *de Formulis.* c. 54. 63. 64. können nachgeleſen werden. Und ſo verhielte ſich die Sache nach den alten Römiſchen Rechten. Die Chriſtlichen Keiſer haben darinnen eine Aenderung getroffen, und verordnet, daß die res ſacræ können veräuſſert werden, wenn man Gefangene erledigen will, welche bei Barbariſchen Völckern ſich in der Gefangenſchaft befinden. Daher es hernach dem Keiſer *Mauritio* ſehr verdacht wurde, daß er die 12000. von *Cagano* gefangene Griechen nicht erlöſet hatte, weswegen ihn hernach Phocas um Cron und Thron gebracht. So haben auch die Chriſtlichen Keiſer verordnet, daß res ſacræ ſollen veräuſſert werden können, zu Erhaltung der Armen bei allgemeiner Hungers-Noth. L. 21. *Cod. de SS. Eccleſ.* Wie ſie denn ſolches auch zugelaſſen haben, wenn eine Kirche in Schulden gerathen iſt, und dieſelben abgetragen werden ſollen. *Nov.* 120. c. 10. Wir gehen nun weiter zu den rebus religioſis, welches die Gräber waren, welche man den Diis Manibus zugeeignet hatte. Es war alſo inter res ſacras & religioſas ein groſſer Unterſchied. Jene wurden publica auctoritate ſacræ, dieſe aber wurden durch ein iedes factum privatum religioſæ, nemlich, wenn einer einen todten Cörper in ſeine Stätte leget. Jene wurden conſecrirt, dieſe nicht, quia has ſine conſecratione religio occupare dicebatur. Jene waren den Diis ſuperis, dieſe den Diis Manibus oder inferis gewidmet. Solte nun eine res religioſa da ſeyn: ſo würde erfordert, α) daß ein todter Cörper eingeleget worden, es möchte nun derſelbe in ſeinem Leben ein Freier oder ein Knecht geweſen ſeyn. So wurde auch erfordert, β) illatio in locum ſuum. Denn wenn einer einen todten Cörper, entweder in loco publico, oder in eines andern Grund und Boden begraben hatte: ſo wurde der Ort kein locus religioſus, ſondern der Cörper muſte wieder weggeſchaffet werden. L. 6. §. 4. D. *h. t.* Die Urſache war, weil dergleichen Ort nicht konte gepflüget, noch beſäet, noch ſonſt genutzet werden, und daher war einem ieden daran gelegen, daß dergleichen Begräbniß nicht auf ſeinem Grund und Boden zu ſeinen groſſen Schaden angeſtellet werden möchte. Aus dieſer Urſache ſaget GELLIVS *lib. IV. Noct. Attic.* c. 9. wären die ſepulcra religioſa genennet worden, nemlich a relinquendo. Endlich muſte auch die illatio geſchehen γ) in locum purum. L. 2. §. 4. L. 8. §. 3. D. *de religioſ.* Locus purus wird genennet, quem religio nondum occupavit, d. i. wo noch kein todter Cörper hingeleget worden; denn wenn gleich dergleichen geſchehen war, ſo war es ſchon ein locus religioſus, und durfte nicht erſt dazu gemacht werden. Dieſe loca reli-

religiosa waren auſſer der Stadt, auf den Feldern, und an den öffentlichen Land-Straſſen: daher in den Grabſchriften der Alten ſo oft der Viatorum Meldung geſchiehet. Denn es war in den LL. XII. *Tabb.* ausdrücklich verboten, iemand in der Stadt zu begraben. CICERO *de Legibus lib. II.* c. 23. Dergleichen Geſätz auch bei den Juden und Athenienſern geweſen. CICERO *lib. IV. ep 12.* Der Keiſer *Hadrianus* hat dieſes Geſätz beſtättiget, und auch auf andere Städte gezogen. L. 3. D. *de ſepulcr. viol.* welchen die Keiſer *Dioeletianus* und *Maximianus* gefolget ſind. L. 6. *Cod. Theod de ſepulcr. viol.* L. 12. *Cod. de Religioſ.* Ein einziges Exempel findet ſich in Rom, da das Geſchlecht der Cincier das Recht hatte, ihre Todten in der Stadt zu begraben. Daß aber kein Todter in der Stadt dürfen begraben werden, geſchahe theils, damit niemand durch die Ausdünſtungen und Dämpfe aus den Gräbern möchte incommodiret werden, theils auch, damit die Dii Manes nicht möchten geſtöret werden, von welchen man glaubte, daß ſie um das Grab herum flatterten. Daher in den alten Inſchriften die Worte D. M. oder D. M. S. vorkommen, welches heiſſet: *Diis Manibus Sacrum*, oder *Diis inferis Manibus ſacrum.* IACOBVS GVTHERIVS *de iure Manium. lib. III.* c. 1. Es war aber nicht allein der Ort, wo der Cörper eingeſchloſſen war, eine res religioſa, ſondern auch noch ein ziemlicher Umfang, welcher denſelben umſchloß, welches öfters in den Grabſchriften durch die Worte IN. FR. P. X. IN. AGR. P. XX. i. e. *In fronte pedes* X. *in agrum pedes* XX. HORATIVS *lib. I. Serm. Sat. VIII. v 12.* Wie ſie denn zu dem Ende auch ſolche Oerter mit Mauern zu umſchlieſſen pflegten, wie BRISSONIVS *lib. III. Antiq. Select.* c. 15. 16. p. 36. ſeqq gar gelehrt ausführet.

§. 317. Hieraus können wir nun gar leicht erſehen, was die loca religioſa für Rechte haben. Denn aus der (§. 316.) gegebenen definition, ſchloſſen die alten Rechtsgelehrten, 1) Cenotaphium non eſſe locum religioſum. L. 42. D. *de religioſ.* L. 6. §. *ult.* D. *h. t.* Cenotaphium war ein ſepulcrum honorarium, welches vornehmen und berühmten Leuten zu Ehren geſetzet wurde, und worin kein Cörper lag. Dergleichen Cenotaphium iſt ehemals *Neroni Druſo* zu Meintz errichtet worden, welches heut zu Tage der Aichelſtein genennet wird. SVETONIVS *in Claudio* c. 1. OTTO FRISINGENSIS *lib III. Chron.* c 4. SERRARIVS *lib. I. rer. Mogunt.* c. 15. BLVMBERG Hiſtoriſche Nachricht von dem Aichelſtein zu Meintz. Dahin gehöret auch das Cenotaphium Piſanum, welches den beeden Cæſaribus, *Caio* und *Lucio*, zu Piſa zu Ehren geſetzet worden, worüber der grundgelehrte Cardinal, HENRICVS NORISIVS, den herrlichen *Commentarium de Cenotaphiis Piſanis* geſchrieben hat. OVIDIVS *lib. II. Metamorph. v.* 429. nennet dergleichen Cenotaphia, *tumulos ſine corpore*, und STATIVS *lib. XII. Theb. v. 161. vacua ſepulcra*, und *inania.*

inania buſta: womit auch SVIDAS in κενοτάφιον übereinkömmt. Weil nun ein Ort per illationem cadaveris ein locus religioſus wurde: (§. 316.) ſo konte man ein Cenotaphium für keinen locum religioſum halten, weil darin kein todter Cörper war. Einige alte Juriſten, als MARCIANVS in L. 6. §. *ult.* D. *h. t.* haben dafür gehalten, daß ein Cenotaphium ein locus religioſus wäre, und haben dieſes aus etlichen Stellen VIRGILII *lib. III. Aneid. v. 301.* und *lib. VI. v. 150.* ſchlieſſen wollen: allein die Keiſer *Antoninus Philoſophus* und *Lucius Verus*, welche in unſern Rechten Divi fratres genennet werden, haben die Sache in L. 7. D. *de religioſ.* entſchieden, und geſetzet, daß ein Cenotaphium kein locus religioſus ſey. Siehe des Hrn. BYNKERSHOEK *lib. I. Obſ.* c. 5. 2) Schloſſen die alten Rechtsgelehrten daraus, ſepulcra commercio hominum eximi. L. 12. §. 1. D. *de religioſ.* L. 14. *Cod. de legat.* Wovon die Urſache war, weil die Gräber den Diis Manibus zugeeignet wurden. Hier möchte iemand einwenden, daß ja die ſepulcra hätten können verkauft und vermachet werden: L. 14. *Cod. de legat.* ja es hätte ſepulcra familiaria & hereditaria gegeben, welche alſo in dem Eigenthum des Geſchlechts geweſen wären. L. 5. L. 6. D. *de religioſ.* Allein es dienet darauf zur Antwort, daß man einen Unterſchied machen müſſe inter ius ſepeliendi & ſepulcrum ipſum. Jenes war in bonis, und konte daher verkauft und vermacht werden, und entweder einem Geſchlecht zugehören, oder auf die Erben gehen: die Grabſtätte aber ſelbſt war in keines Eigenthum. So ſchloſſen ſie auch 3) daraus, locum religione occupari, modo ibi caput tamquam præcipua pars hominis ſit conditum, L. 44. D. *de religioſ.* Wenn dahero der Cörper in viele Theile war getheilet worden, und man dieſelben an unterſchiedenen Orten beigeſetzet hatte: ſo wurden nicht alle dieſe Orte loca religioſa, ſondern nur derjenige, allwo das Haupt eingeſcharret war. Wovon dieſe Urſache gegeben wird, weil man den Menſchen an dem Haupt erkennet, und von andern unterſcheidet. Ferner ſchloſſen ſie 4) daraus, daß einer actione in factum konte belanget werden, entweder den Cörper wegzunehmen, oder den Ort, wo er ihn hingeleget, zu bezahlen, wenn ſolches in loco publico oder auf eines andern ſeinen Grund und Boden geſchehen war. Endlich inferirten ſie daraus, 5) daß auch die Gräber loca religioſa verblieben, wenn nicht die Ueberbleibſel mit Erlaubniß der Prieſter hinweggebracht würden. L. 1. & 33. D. *de religioſ.* Davon finden ſich Exempel bei PLINIO *lib. X. ep. 73.* und bei GRVTERO *in Inſcript.* p. 578. *ubi reliquiæ traiectæ dicuntur III. Non. Febr. ex permiſſ. Collegii Pontificum, piaculo facto.* Es war auch nicht einmal erlaubet, ein ſolches verfallenes Grabmal zu repariren, wenn ſolches nicht die Prieſter zuſtunden, wie aus einer Inſchrift bei GRVTERO p. 518. n. 1. kan erſehen werden. Und überhaupt durfte ſich niemand an einem

ſolchen Ort verfreveln: wohin die Strafen gehören, welche den Uebertretern bei GRVTERO p. 636. n. 12. p. 640. n. 2. p. 880. n. 3. und die imprecatio auf C. *Cæcilii* Grabſtein bei FABRETTO *in Inſcript. antiq.* p. 110 gehöret, alwo man folgende Worte lieſet: *qui hic minx. aut. cac habeat Deos ſuperos & inferos iratos* conf. REINESIVS *Claſſ. I n. 43. & Claſſ. IX. n. 1.* Alles, was wir bishero angemercket haben, läuft auf einen eiteln heidniſchen Aberglauben hinaus: und hätten die Chriſten bei Verfertigung des Corporis Iuris ſich billig ſchämen ſollen, dergleichen Fratzen mit dahinein zu ſetzen. Es verdienet hiervon der gelehrte Traktat des Hrn GF. CHRISTOPH. PLATZ *de religione ſepulcrorum* nachgeleſen zu werden.

§. 318. Wir wenden uns nunmehro zu den rebus ſanctis, welche in zweierlei Verſtande können genommen werden. Denn res ſanctæ werden entweder genennet a ſanciendo, ſeu ſanctione, quia ſanctione poenali ſunt munitæ ab hominum iniuriis, & animadverſione digni cenſentur, qui huiuscemodi res violant. L. 8 *princ.* D. *de diviſ. rer.* oder weil ſie den Geniis und Heroibus, oder Diis medioxumis gewidmet waren, GISBERTVS CVPER *lib. III. Obſ. c. 16.* p. 332. welche bei den Römern *Romulus*, *Hercules* und andere Menſchen waren, von welchen man glaubte, daß ſie unter die Zahl der Götter aufgenommen wären. Nimmt man die res ſacras im erſten Verſtande, ſo waren die Tribuni plebis ſacro ſancti, weil ſich an ihnen niemand vergreifen durfte: denn wer dieſes that, kam in Lebens Gefahr. LIVIVS *lib. II.* c. 32. Im letztern Verſtande muri & moenia erant ſancta: und dieſes wurde ſowol bei den Griechen als Römern beobachtet, wovon HOMERVS *Iliad IV v. 407.* SERVIVS *ad* VIRGIL. *Æneid. lib. II. v. 620* zeugen, daß die Mauern *Marti* oder *Neptuno* gewidmet geweſen, gleichwie die Schlöſſer der *Minervæ* zugeeignet waren. Von den Mauern ſchreibet CICERO *lib. III. de Nat. Deor.* c. 40. *Vos Pontifices muros ſanctos eſſe dicitis, diligentiusque urbem religione, quam muris cingitis.* Daher VIRGILIVS *lib. VII. Æneid v. 153* die Mauern *auguſta mœnia* nennet. *Romulus* hatte ein Geſätz gegeben: *Mœnia ſancta ſunto*, welches niemand bei ſchwerer Strafe übertreten durfte: und dahero ſaget PROPERTIVS *lib. IV. Eleg. VI. Murorum Romulus augur.* Wenn eine Stadt oder Colonie ſolte angeleget werden: ſo pflegte der Erbauer einen Pflug zu nehmen, und einen Ochſen und Kuh vorzuſpannen, womit er den Ort umpflügete. Die Coloniſten gingen hinter her, und hoben an denjenigen Orten die Pflugſcharr aus, wo die Thore hinkommen ſolten. Wenn nun alles umpflüget war, ſo wurden die beeden Rinder den Diis medioxumis geopfert, und alsdenn fing man an die Mauern aufzuführen. PLVTARCHVS *in Quæſt. Rom.* c. 14. *in Vita Romuli* p. 23. DIONYSIVS HALICARN. *lib. I. Antiq. Rom.* p. 75. Dahero findet man auch in den Müntzen der Colonien faſt allezeit zweene zuſammengekoppelte Rinder. IZICH. SPANHEMIVS *de uſu & præſantia numiſmatum, Diſſ. IX.* p. 777. Daher wurden auch die Städte urbes

ab

ab urbo genennet, wovon POMPONIVS in L. 239. §. 6. D. *de Verb. Signif.* saget: *Vrbs ab urbo adpellata eſt. Vrbare eſt aratro definire, & Varus ait, Vrbum adpellari curvaturam aratri, quod in urbe condenda adhiberi ſolet.* Und VARRO *lib. IV. de lingua latina* p. 35 ſchreibet davon alſo: *Terram, unde exſcalpſerunt, foſſam vocabant, & introrſum factum murum. Poſtea, quod fiebat orbis, urbs. Principium quod erat poſt murum, pomœrium dictum.* Und bald hernach ſchrebet er: *Quare & oppida, quæ prius erant circumducta aratro, ab orbe & urbo urbes.* Eb hat der angeführte PLVTARCHVS *in Romulo* p. 23. dieſe Ceremonie am allerbeſten und in folgenden Umſtänden beſchrieben: *Comitio foſſa eſt rotunda circumducta. In eam primitias detulerunt munium. quæ de more & bonis, natura utebantur ut neceſſariis. Poſtremo ex qua quisque venerat regione, eius terræ portiunculam collatam eo coniecerunt, & commiſcuerunt. Foſſam hanc eodem, quo cœlum, nomine vocaverunt mundum. Hinc urbe, ſicut centro, circulum circumſcripſerunt. Conditor arator æneum vomerem adiungit, iunctisque bobus, mare & femina, ipſe circum lineamenta profundum inducit ſulcum. Sequentium munus, ut excitatas ab aratro glebas intro vertant, nec ullam ſinant extra ferri. Ita mœnia linea deſiniunt, idque eliſis aliquot litteris pomœrium dicitur, quaſi poſt vel pone mœnia.* Wenn die Mauern nun fertig waren, ſo pflegte man dieſelben zu dediciren. Solches erhellet aus einer Inſchrift bei GRVTERO *in Corp. Inſcript.* p. 216. n. 2. *Colonia Auguſta Verona Nova Gallieniana Valeriano II. Et Lucillo Coſſ. Muri Veronenſium Fabricati Ex Die III. Non. Aprilium, Dedicati Prid Non. Decembris.* Wenn dieſe dedicatio geſchehen war, ſo wurden die Mauern für heilig gehalten, und konten ohne der Keiſer Wiſſen und Willen, als welche Pontifices Maximi waren, nicht reparirt werden: L. 9. §. *fin.* D. *de diviſ. rer.* wie denn auch nichts darauf gebauet werden konte. Aber dieſe Mauern waren auch nach dem erſten Verſtande res ſacræ, i. e. ſanctione poenali munitæ. Es gehörten aber auch dahin die Thore der Stadt, obgleich GOTHOFREDVS *ad* L. 1. D. *de diviſ. rer.* daran zweifelt, weil er die Worte, *& portæ*, in einem alten Buch nicht gefunden hat: wie denn auch FESTVS in *Rituales* die Mauern von den Thoren abſondert, und die muri nur ſancti genennet werden in L. 8. 9. & *ult.* D. *de diviſ. rer.*. Allein der einzige HERMOGENIANVS kan uns in dieſer Sache belehren, welcher die Mauern und Thore mit andern locis ſanctis verknüpfet in L. 2 D. *ne quid in loco ſacro.* Und es müſſen die Thore ebenfalls res ſanctæ geweſen ſeyn, ſowol ob dedicationem, als auch, weil ſie gleichſam Tempel der Götter waren, in welchen die reiſenden Leute denen Diis vialibus den Dienſt erwieſen, wie ſolches der gelehrte Herr OTTO in der Diſſertation, *de Diis vialibus* c. 2. aus LVCRETIO, VARRONE, PAVSANIA und andern alten Schriftſtellern gar ſchön erwieſen hat. Und daher kommen portæ *Ioviæ*, *Her-*

Herculaneæ, Minervæ &c. häufig vor. In den erſten Verſtande waren bei den Römern auch die Feciales ſancti, welche zu den Feinden geſendet wurden, welche zu dem Ende ſagmina oder Eiſenkraut in den Händen trugen. Im übrigen iſt noch hierbei zu erinnern, daß dieſe Heiligkeit der Mauern nicht allein auf die Stadt Rom, ſondern auch auf die Mauern anderer Städte ging: und derjenige, welcher ſich daran verfrevelte, gerieth in Lebens-Gefahr. L. 8. §. 2. D. *de diviſ. rer.* Gleiches fande auch ſtatt, wenn einer die Befeſtigung der Lager violirte. L. 3. §. 17. D. *eod.* So ſind auch in dieſem Verſtande heut zu Tage die Palatia Principum res ſanctæ, welches man auch von den Rathhäuſern, Gerichts-Orten, Mühlen und öffentlichen Badſtuben ſagen kan. In den Fürſtlichen Reſidenzen iſt der Burg-Friede, daß, wenn einer alda den Degen ziehet, oder iemand ſchläget, der wird entweder enthauptet, oder es wird ihm die Hand abgehauen, wovon die ſchöne diſſertation, welche IO. SAM. STRYK *de Sanctitate Reſidentiarum* geſchrieben hat, nachzuleſen iſt.

§. 319. Daraus kan man nun die Rechte erkennen, welche den rebus ſanctis zugeeignet werden. Denn 1) konte man auf die Mauern und Thore nichts bauen. 2) Wenn dieſelben waren baufällig worden: ſo konten dieſelben nicht reparirt werden, wenn ſolches nicht die Keiſer oder die Præſides provinciæ erlaubeten. 3) Wurden diejenigen am Leben geſtrafet, welche ſich an denen Mauern vergriffen, wovon wir in den alten Zeiten das Exempel *Remi* haben, welchen ſein Bruder *Romulus* deswegen hinrichten ließ, weil er aus Schalckheit über die kleinen Mauern der neuerbaueten Stadt Rom geſprungen war.

§. 320. Wir haben bishero geſehen, was bei den Römern res ſacræ, ſanctæ & religioſæ geweſen ſind: wobei wir nichts anders als eine heidniſche Blindheit und Aberglauben wahrgenommen haben. Und doch muß man ſich dem ohngeachtet darüber ſehr verwundern, daß die Chriſten ſich nicht geſchämet haben, einen groſſen Theil von dieſen Dingen mit in das Corpus iuris hinein zu bringen. Ich bin ſonſt kein Freund von denjenigen, welche nichts thun, als daß ſie *Iuſtinianum* und deſſen Miniſtre *Tribunianum* herumholen. Hätten ſie aber iemals Tadel verdienet, ſo müſte man es wegen dieſer Materie ſagen. Wiewol es war dieſes ſchon zu Zeiten *Conſtantini* M. geſchehen. Denn wie dieſer Herr die chriſtliche Religion annahm, und ſich taufen ließ: ſo fing man an, prächtige Kirchen zu erbauen, und dieſelben faſt auf eben eine ſolche Weiſe, wie man bei den Heiden gehabt, zu conſecriren. Dieſes haben die Nachfolger ſo beibehalten, und es iſt bekannt, daß der Keiſer *Iuſtinianus* ſelbſt die prächtige Sophien-Kirche in Conſtantinopel auf dieſe Art conſecriren laſſen. Nun kan aber ein ieder, welcher einen richtigen

Be-

Begrif hat von einem vernünftigen Gottesdienſt, urtheilen, daß das Chriſtenthum dergleichen conſecrationes ohnmöglich gut heiſſen könne. Denn es wohnet weder GOtt in dieſen Häuſern, noch können die Menſchen demſelben etwas geben, oder ſchencken. Ja es iſt ja im Neuen Teſtament aller Unterſchied des Ortes gäntzlich aufgehoben, und wir mögen beten in unſerer Cammer, unter freien Himmel, in einer Höle, ſo können wir verſichert ſeyn, daß, wenn unſer Gebet andächtig und ernſtlich iſt, wir auch werden erhöret werden. Nichts deſtoweniger hat dieſer heidniſche Aberglaube auch bei uns Chriſten nach dem Iure Canonico triumphiret, alwo derſelbe beſtättiget worden: ſo daß heut zu Tage die Catholicken es für unrecht halten, wenn nicht der Gottesdienſt und die Sacra in den Kirchen gehalten werden, als welche von dem Biſchof conſecrirt worden ſind. Geben ſie es ja zu, daß in einem Privat-Hauſe etwa einem Krancken das Nachtmahl ſoll gereichet werden: ſo laſſen ſie es zwar zu, es muß aber über einen Tiſch ein Altare portatile geſetzet werden, welches mit Reliquien von gewiſſen Heiligen angefüllet iſt. Allein dieſen Irrthum haben viele gelehrte Männer, und vornehmlich RVDOLPHVS HOSPINIANVS *de Templis* und der Herr Geh Rath BOEHMER ſo wol *in Iure Eccleſiaſtico Proteſtantium*, wie auch in der ſchönen diſſertation *de ſanctitate templorum*, wiederleget. Es iſt alſo zu mercken, daß wir Proteſtanten heut zu Tage res ſacras, aber in einem gantz andern Verſtande, als bei den Römern und Catholicken angenommen iſt, haben, nemlich weil ſie bei dem Gottesdienſt gebrauchet werden. Wenn nun der Gebrauch dieſer Sachen aufhöret: ſo hören ſie auch auf res ſacræ zu ſeyn. Da hingegen, wenn bei den Catholicken dieſe res ſacræ nicht mehr gebraucht werden: ſie dennoch nicht aufhören res ſacræ zu ſeyn.

§. 321. So ſind auch bei uns Proteſtanten von dieſen rebus ſacris ſehr unterſchieden die res eccleſiaſticæ, welche bei dem Gottesdienſt zwar nicht unmittelbar, aber doch mittelbar, gebraucht werden, z. E. das Kirchen-Aerarium, Kirchen-Aecker oder Güter, welche den Kirchen oder Clöſtern gehören. Dieſer bedienen wir uns nicht unmittelbar bei dem Gottesdienſte; weil doch aber aus denſelben Einkünfte herflieſſen, woraus die Kirchen-Diener beſoldet werden: ſo wird dafür gehalten, daß dieſelben mittelbar zum Gottesdienſt beſtimmet ſind. Dieſe res eccleſiaſticæ können leichtlich veräuſſert, oder wie es die Canoniſten nennen, ſeculariſirt werden, α) ſi expediat eccleſiæ. L. 14. §. 5. L. 17. §. 1. *Cod. de S. S. Eccleſ. Nov.* 120. c. 7. β) Si accedat cauſſæ cognitio, & γ) decretum Epiſcopi, vel apud nos in imperio imperatoris, in provinciis, principis. Denn weil die pia corpora, z E. Kirchen, Wäyſenhäuſer, Findelhäuſer, Hoſpitäler den Unmündigen gleich gehalten werden, als welche unter der curatela und adminiſtratione der Vorſteher ſtehen:

hen: ſo können die unbeweglichen Güter derſelben ſine cauſſæ cognitione & decreto ſuperiorum nicht veräuſſert werden, auf eben die Art, wie es bei den Gütern der Unmündigen gehalten wird. Und dieſes nennet man ſolemnitatem canonicam.

§. 322. Die Gräber werden bei uns Proteſtanten nicht als res religioſæ angeſehen. Denn wer wolte doch ſo einfältig ſeyn, und glauben, daß die Seelen um die Grabſtätten herumflatterten, oder die Einlegung des Cörpers den Ort zum loco religioſo machen könne. Hingegen ſind die Kirchhöfe und GOttes-Aecker bei den Römiſch-Catholiſchen loca religioſa, nicht aber aus gleicher Urſache, welche die alten Römer angenommen hatten, ſondern weil dieſelben mit Weih-Waſſer beſprenget werden. Man hatte ehemals die Gewohnheit, die Leute in die Kirchen zu begraben; weil aber dieſelben dazu ſo klein waren: ſo fing man an, Kirchhöfe anzulegen, und dieſelben zu weihen, auf welche hernach die Todten begraben wurden LANCELLOTTVS *Inſtit. iur. Can lib. II. Tit. XVII.* Wir Proteſtanten halten davon nichts, und daher ſind auch die GOttes-Aecker und Kirchhöfe bei uns keine loca religioſa, ſondern ſancta, i. e. inviolabilia: und es würde derjenige ſcharf geſtraft werden, welcher an dieſen Orten einen Frevel begehen, und etwa die todten Cörper ausgraben wolte.

§. 323. Wir Proteſtanten haben viele res ſanctas, i. e. ſanctione poenali munitas, ut poena violationem ſequatur. Dahero geben wir nicht zu, daß iemand in und an unſern Kirchen, Rathhäuſern, Reſidentzen, öffentlichen Gebäuden, GOttes-Aeckern, Dämmen, Heer-Straſſen, oder andern ſolchen Orten, einen Frevel begehen darf. Unſere Mauern und Thore ſind uns deswegen heilige Oerter, weil darin der Landes-Fürſt ſeine Beſatzung hält, daher ſich niemand daran verfreveln darf. Wiewol derjenige, welcher ſich daran vergreift, nicht eben ſo gleich am Leben geſtraft wird, es wäre denn, daß einer ſolches aus feindſeligen Gemüthe unternommen hätte. So ſind auch die Mauern und Thore keine res nullius, ſondern ſie ſind in dominio reipublicæ vel principis. IV. F. 56.

§. 324. Bishero iſt de rebus divini iuris umſtändlich gehandelt worden: nunmehro wollen wir auch de rebus humani iuris reden, welche ſind vel communes, vel publicæ, vel univerſitatis, vel ſingulorum, *princ. Inſt.* L. 2. *princ.* D. *h. t.* Damit dieſe Eintheilung möge recht verſtanden werden: ſo iſt zu mercken, daß dieſelbe aus der Stoiſchen Weltweißheit herzuleiten ſey, welcher die alten Rechtsgelehrten ſehr ergeben waren. Die Stoici ertichteten eine dreifache Republik, maximam, mediam oder minorem und minimam. Zur maxima wurde das gantze menſchliche Geſchlecht gerechnet, worin die Götter die Herrſchaft führeten. Maior respublica, ſagten ſie, wäre bei einem

nem ieden Volck, worin die Könige und Fürſten herrſcheten. Die dritte, oder minima, ſagten ſie, wäre in ſingulis municipiis, oppidis & collegiis anzutreffen: denn auch dieſe Collegia minora hätten die Geſtalt einer Republik. Gleichwie man ſich nun aber eine Republik nicht vorſtellen könne ſine rebus & bonis in eius dominio conſtitutis: alſo ſagten ſie auch, daß alle dieſe Arten dieſer Republiken ihre beſondern res und bona hätten. CICERO *de Fin. lib. III.* c. 19. ſeq. SENECA *de Beneficiis lib. IV.* c 28. THOMAS GATAKERVS ad M. ANTONIN. *de rebus ſuis* p. 75. STANLEY *Hiſt. Philoſ. P. VII. P. I.* c. 13. p. 614. Daher nenneten ſie die bona der groſſen Republik res communes, wohin omnes res inexhauſti uſus, veluti mare, aër, aqua profluens gezehlet wurden. Die bona eines Volcks nenneten ſie publicas res, quaſi populicas, wozu die Häfen und Flüſſe gerechnet wurden. Endlich neuneten ſie die bona minimarum rerumpublicarum & collegiorum, res univerſitatis, quales erant curiæ, theatra, balnea &c. Und dieſes alles hat der gelehrte Hr. NOODT *lib. I. Probabil. iur.* c. 8. ſehr ſchön ausgeführet.

§. 325. 326. Nachdem wir dieſes abgehandelt haben: ſo wollen wir auch die definitiones insbeſondere betrachten. 1) Res communes ſind, quæ, quod ad proprietatem, nullius; quod ad uſum, omnium hominum ſunt. §. 1. *Inſt.* L. 2. §. 1. D. *h. t.* Daher dieſelben nach den principiis der Stoiſchen Weltweiſen in keines Menſchen patrimonio, ſondern dem gantzen menſchlichen Geſchlecht eigen waren. Dahin gehörete aër, aqua profluens, mare & per hoc littora maris. L. 2. §. 1. D. *h. t.* Folgende Verſe VIRGILII *Lib. VII. Aeneid. v.* 229. ſq. können dieſes erläutern:

- - - Littusque rogamus
Innocuum, & cunctis auramque undamque patentem.

Und PRVDENTIVS *adv. Symmachum lib. II. v.* 798. heget gleiche Meinung:

Nunc adſunt homini data munera legibus iisdem,
Queis conceſſa ſemel: fons liquitur, amnis inundat,
Velivolum ratibus mare finditur, influit imber,
Aura volat tenuis, vegetatur mobilis aër,
Et res natura fit publica promtaque cunctis,
Dum ſervant elementa ſuum famulantia curſum.

Was das Meer und die Ufer deſſelben betrift: ſo iſt dieſe Sache nicht ſogewiß, weil de dominio maris bekanntermaſſen geſtritten wird, wie aus den Schriften HVGONIS GROTII, IOANNIS BAPTISTÆ BVRGI, SELDENI, CORNELII van BYNKERSHOEK und IACOBI GOTHOFREDI zu erſehen iſt. Es ſcheinet aber, daß die-

dieſer Streit leichtlich kan bei Seite geleget werden. Denn das Meer iſt in keines Menſchen dominio oder imperio, weil deſſen Beſitznehmung weder kan ergriffen noch erhalten werden. 2) Muß man einen Unterſchied machen inter imperium & dominium. Dominium maris können wir uns nicht zueignen: es ſtehet aber nichts im Wege, daß wir uns nicht ſolten des imperii maris, in ſo weit daſſelbe als ein Anhang von dem Lande betrachtet wird, anmaſſen können, daß wir den Seefahrern können Geſätze vorſchreiben, Zoll einfordern, die See Räuber in Zaum halten ꝛc. wovon wir finden, daß ſolches die meiſten Völcker thun. Was die res publicas anbelanget, ſo ſind dieſelben diejenigen Sachen, quæ ratione proprietatis populi ſunt, quod ad uſum ſingulorum ex populo, L. 5. *princ.* D. *h. t.* Dahin werden gerechnet die Flüſſe, Häfen und Ufer. Es iſt doch aber auch hierbei zu mercken, daß dieſe Sachen nicht aufhören res publicæ zu ſeyn, wenn gleich dieſem und jenem aus dem Volck der Gebrauch derſelben geweigert, und hingegen dem Landes-Fürſten überlaſſen wird: denn es iſt genug, daß das Volck dieſelben in ſeinem Eigenthum behält, obgleich der Genießbrauch dem Landes-Fürſten zugeſtanden wird. HERTIVS *de ſuperioritate territoriali.* Und da findet ſich heut zu Tage, daß die Flüſſe, Häfen, Ufer, Fiſchereien u. d. m. bei uns in Teutſchland zu den regalibus gezogen ſind. 3) Heiſſen res univerſitatis, quæ quod ad proprietatem ſunt univerſitatis, quod ad uſum ſingulorum ex ea univerſitate. L. 6. §. 1. D. *de rer. diviſ.* L. 14. D. *de adquir. rer. domin.* Und dahin rechneten die Römer ſtadia, theatra, balnea und curias. Hierher gehöret, was CICERO *lib. I. de Invent.* c. 27. ſchreibet: *Publicum eſt, quod civitas univerſa aliqua de cauſſa frequentat, ut ludi, dies feſtos, bellum.* Univerſitas aber wurde quælibet civilis ſocietas, excepta familia liberaque republica genennet. Dahero waren alle ἑταιρίαι oder Geſellſchaften, alle Zünfte, z. E. Collegia Pontificum, Senatorum, Piſtorum, Fabricenſium, Civitates municipales, ſolche univerſitates. HVBER *in Prælect. ad Inſt. Lib. II. Tit. I.* §. 8. Nachdem aber bei den Römern der ſtatus monarchicus eingeführet worden: ſo hat man alle Collegia und Geſellſchaften verabſcheuet. PLINIVS *lib. X. ep.* 93. & 94. *Tit. Cod de Colleg. & corpor.* CVIACIVS *lib. VII. Obſerv.* c. 30. Beſiehe unſere diſſertation *de Collegiis & Corporibus.*

§. 327. Hieraus erhellet nun leicht der Unterſchied, welcher ſich inter res univerſitatis & patrimonium univerſitatis findet. Beede kommen darin überein, daß ſie bona univerſitatis ſind: aber darin unterſcheiden ſie ſich, quod rerum univerſitatum uſus ſit ſingulorum ex iſta univerſitate, patrimonialium uſus minime. Alſo wurden z. E. in Rom auf öffentliche Koſten allgemeine Bäder erbauet, wovon noch heut zu Tage ſehr prächtige Ueberbleibſel gefunden werden. Dieſes waren res univerſitatis; denn obgleich das

Ei-

Eigenthum derſelben der gantzen Stadt Rom zugehörete: ſo konte doch ein jeder von den Römiſchen Bürgern ſich derſelben nach Gefallen bedienen. Hingegen beſitzet die Stadt Nürnberg ein groſſes territorium auſſer ihren Mauern, welches keine res univerſitatis, ſondern patrimonium univerſitatis iſt. Es kan ſich dahero nicht ein jeder Nürnbergiſcher Bürger deſſelben bedienen, und ſich die Früchte und Einkünfte davon zueignen, ſondern das Eigenthum und der Nutzen derſelben gehöret der Stadt zu. Wir pflegen die Güter, welche patrimonium univerſitatis heiſſen, Cämmerei-Güter zu nennen, weil die Einkünfte zu gemeinen Stadt Beſten angewendet werden, wohin die Güter, Mühlen, und Aecker gehören, welche die Städte beſitzen. Alſo hatte hier die Stadt Halle ehemals das Amt Beſen, welches ietzo der Theologiſchen Facultät gehöret. So beſitzet ſie auch einen Ort, Domnitz genannt: wie denn auch die Mühlen gemeine Stadt Güter ſind.

§. 328. Es iſt nun noch übrig, etwas von dem Gebrauch dieſer Eintheilungen zu melden. Hierbei iſt zu mercken, daß wir von dieſen gegebenen principiis heut zu Tage das allerwenigſte gebrauchen können. Denn was ehemals bei den Römern publicum hieß, daß eignen ſich bei uns die Landes-Fürſten zu. Z. E. die Jagden, Häfen, Flüſſe, Fiſchereien, Bergwercke, Saltzwercke, Edelſteine, u. d. m. und derohalben gehören alle dieſe Dinge zu den Regalien oder iuribus maieſtaticis, wovon ARNISAEVS *de iuribus maieſtatis*, CASPAR ZIEGLER *de iure maieſtatis* und HERTIVS *de ſuperiotate territoriali* geſchrieben haben. Es iſt dieſes ſchon bei den alten Teutſchen üblich geweſen, welche diejenigen Dinge, welche man ἀδέσποτα nennet, dem Landes Fürſten zugeeignet haben, alſo zeiget DV FRESNE *in Gloſſario mediæ & infimæ latinitatis*, voce *Foreſte*, daß die Fränckiſchen Könige ſich die Fiſchereien vorbehalten: wie ſich denn auch dieſes bei den Wäldern und Bergwercken ſo befunden. CAPITVL. REG. FRANCOR. *lib. IV.* c. 42. *Charta diviſionis a Ludovico Pio anno* 817. *facta* bei BALVZIO T. I *Capitul.* p. 375. Aber hier möchte iemand fragen, warum man die Grundſätze der Römer geändert, und nicht dieſelben beibehalten habe? Darauf antworten wir: daß ſolches aus der Erwerbung der Provinzen herkomme. Denn da hat GROTIVS *de Iure belli & pacis lib. II.* c. 2. §. 4. gar recht gewieſen. *Occupare poſſe provinciam, vel per univerſitatem, quando tota provincia coniunctim adquiritur, ac poſtea dividitur inter ciues*, wie wir wiſſen, daß das Gelobte Land von den Hebräern occupiret worden iſt: vel per fundos, wann die gantze Provinz nicht zugleich occupiret wird, ſondern ein jeder ſich von derſelben nach Gefallen etwas zueignet, dergleichen Occupation bei den ſtreifenden Arabern in Africa ſich findet, welche mit ihren Vieh-Heerden und Camelen das gantze Land durchſtreichen, und wenn ſie einen Ort finden, der ihnen gefällt, alda ihre Gezelter aufſchlagen und daſelbſt

so lange bleiben, als sie Futter für ihr Vieh finden. Da nun sehr viele Völcker, welche sich durch die Waffen einen berühmten Namen gemacht haben, unterschiedene Provinzen eingenommen: so haben sie dieselben nicht per fundos occupirt, sondern per universitatem, vi bellica. Wo aber ein Land per universitatem occupirt wird: so gehöret alles, was darin ist, denenjenigen zu, welche dasselbe occupiret haben. Und dahero müssen sie alles, nemlich Thiere, Bergwercke, Flüsse, u. d. m. überkommen. Weil nun aber diese Sachen nicht unter iede von dem Volck geschicklich können getheilet werden, sich auch derselben nicht wohl gemeinschaftlich bedienen können: so hat man für gut gefunden, diese Sachen dem Landesfürsten als Domainen-Stücke zu überlassen, damit er davon seinen Hofstaat fourniren möchte. Und daher kommt es, daß dergleichen Sachen fast an allen Orten denen Landes-Fürsten überlassen sind, welche dieselben wiederum öfters an Grafen, Freiherren und Edelleute zu verleihen pflegen. Wir haben zwar in dem §pho gesetzet, daß wir die res communes bis in die Pandekten versparen wollen: allein dieses ist so zu verstehen, daß wir zwar in dem Buche selbst nicht davon zu handeln gedencken, aber doch par Discours etwas davon reden wollen. Die Teutschen haben ebenfals res communes gehabt, wohin sie die Luft und aquam profluentem gerechnet haben. L. LANGOBARD. *lib. I. Tit. XIX. §. 12.* Doch finden wir dieses bei ANTONIO MATTHÆI *in not. ad Chron. Egmond* c. LXVIII. und SCHREVELIO *in Harlemo lib. IV.* p. 181. daß die Landesherren sich das ius venti in ihrem territorio zugeeignet haben. Wiewol ein anders das ius venti, ein anders aber die Luft und Wind selbst sind. Mit dem iure venti sind öfters viele Edelleute wegen ihrer Güter beliehen worden, dergestalt, daß in dem Bezirck ihrer Gerichtbarkeit niemand anders Windmühlen aufbauen dürfen. Gleicherweise ist auch ein anders das ius aquæ, und wieder ein anders aqua profluens. Z. E. Wenn der Fürst iemand beleihet, daß er kan Wasser Mühlen bauen: so giebt er ihm wohl das ius aquæ, aber das Wasser bleibet dennoch eine res communis. Ob aber die Teutschen auch das Meer pro re communi gehalten haben, das kan man so eigentlich nicht sagen. So viel ist indessen gewiß, daß unterschiedene Teutsche Völcker ein dominium maris zu behaupten getrachtet haben, indem sie nicht nur Flotten gehalten und Seeräubereien getrieben, sondern andere Völcker auch von dem Gebrauch desselben abgehalten haben. Daß die Suiones ehemals starcke Flotten gehalten, meldet TACITVS *de Mor Germ.* c. 44 alwo er auch ihre Schiffe beschreibet. Von der Seemacht der alten Sachsen redet SIDONIVS APOLLINARIS *lib VIII. ep 6 9.* und von den Francken saget EVMENIVS *in Panegyr Constantio Cæs dict.* daß den Francken nichts zu fest verschlossen wäre, wo sie nicht hinkommen solten. Was die Normänner mit ihrer Seemacht

im

im neunten Jahrhundert nach Christi Geburt, und in den folgenden Zeiten ausgerichtet haben, solches lehren die Frantzösische und Englische Geschichte zur Genüge. Letzlich, was die res universitatis betrift, so ist gewiß, daß sie dergleichen gehabt haben. Sie hatten ihre Grafschaften, Gaue und Gerichts-Stühle, welche dazu gehörten: ob sie gleich nichts von stadiis und theatris wusten. In den folgenden Zeiten ist dazu gekommen, daß man in den Städten öffentliche Schenckhäuser, Rathskeller, Wasserleitungen, Hochzeit- und Tantzhäuser angeleget hat. Und noch heut zu Tage haben viele Dörfer ihre gemeine Weide, gemeine Wälder, gemeine Backhäuser, u.d. m. welches alles res universitatis sind. Dieses aber ist merckwürdig, daß die Aecker ehemals bei den alten Teutschen nicht einem ieden insbesondere, sondern dem gantzen Volck zugehöret haben, welche sie jährlich an gewisse Familien ausgetheilet. Solches erhellet aus folgenden Stellen. CÆSAR *lib. VI. de bell. Gall.* c. 22. schreibet davon also: *Agriculturæ non student, maiorque pars victus eorum lacte & caseo & carne consistit, neque quisquam agri modum certum aut fines proprios habet; sed magistratus ac Principes in annos singulos gentibus cognationibusque hominum, qui una coierunt, quantum eis, & quo loco visum est, attribuunt agri, atque anno post alio transire cogunt.* Und TACITVS *de Mor Germ.* c. 26. berichtet folgendes: *Agri pro numero cultorum ab universis per vices occupantur, mox inter se iuxta dignationem partiuntur, facilitatem partiendi camporum spatia præstant. Arva per annos mutant, & superest ager.* Der Hr. Geh. Rath THOMASIVS, erkläret in seiner dissertation, *de hominibus propriis*, diese beeden Stellen nicht von der Veränderung des Besitzes, sondern von der Cultur, weil sie in einem ieden Jahre mit Anbauung der Aecker anders verfahren hätten, auf eben die Art, wie wir heut zu Tage einen Unterschied machen unter Winter-Feld und Sommer Feld, oder Brach Feld. Allein die Worte CÆSARIS und TACITI widersprechen ihm offenbar: daher wir auch seine Meinung nicht für gegründet annehmen können.

§. 329. Restat unum superioris divisionis membrum. Wir haben nemlich gesaget: Res sind vel communes, vel publicæ, vel universitatis, vel singulorum. Von den rebus communibus, publicis, und universitatis ist bisher gehandelt worden; daher wird ietzo gefragt: quid sint res privatæ, seu singulorum? Wir antworten darauf: Res privatæ sunt, quæ sunt in singulorum patrimonio, sive vere, wenn einer die Sachen wircklich in seinem Eigenthum hat, sive per fictionem, so oft nemlich die Rechte fingiren, daß eine Sache in dominio sey, da einer doch dasselbe nicht hat. Z. E. Häuser, Wiesen und Gärten haben mehrentheils ihre Eigenthümer, und wenn dieses ist, sind sie vere & actu in dominio privatorum vel singulorum. Aber

eine hereditas iacens iſt nicht vere und actu in dominio alicuius, weil der teſtator verſtorben, und deſſen Eigenthum mit dem Abſterben hingefallen. Der eingeſetzte Erbe iſt auch noch nicht der Eigenthümer von der Erbſchaft, weil er dieſelbe erſt durch die Antretung derſelben erlanget: dahero iſt eine hereditas iacens wircklich eine res nullius. L. 5. *princ.* D. *de diviſ. rer.* Nichts deſtoweniger ſagen unſere Rechte, eam ſuſtinere perſonam defuncti. d. i. die Rechte fingiren, als ob der Verſtorbene noch Herr dieſer Sachen ſey, da er es doch nicht iſt. *princ. Inſt. de ſtipul. ſervor.* Dahero iſt eine hereditas iacens eine res privata, vel in patrimonio privati poſita per fictionem. Und daher kömmt es, daß derjenige, welcher ex hereditate iacente etwas ſtiehlet, eigentlich kein Dieb iſt, quia non ſubtraxit rem alienam & invito domino, qui hic nullus eſt. Weil aber doch die hereditas iacens die Perſon des Verſtorbenen vorſtellet: ſo wird von demjenigen, welcher etwas davon genommen hat, geſaget, er habe ein crimen expilatæ hereditatis begangen, wovon unten (§. 1043.) ſoll gehandelt werden.

§. 330. Es iſt noch eine zweifache Eintheilung der Dinge übrig, nemlich, res ſunt vel mancipi, vel nec mancipi, vel corporales vel incorporales. Die erſte Eintheilung hat der Keiſer IVSTINIANVS gäntzlich aufgehoben in L. *un. Cod. de nud. iure Quirit. toll.* Von der andern Eintheilung aber ſoll in den folgenden Titel gehandelt werden. Hier möchte iemand ſagen, daß wir beede Eintheilungen weglaſſen könten, weil die erſte nicht mehr im Gebrauch, und die andere im folgenden Titel vorkommen ſoll. Allein, weil die erſte Eintheilung zwar keinen Nutzen mehr in foro hat; dieſelbe ſich doch aber in theoria iuris äuſſert: ſo wollen wir von derſelben auch etwas hier beifügen, damit wir auch im Stande ſind, dieſe in den Rechten vorkommende Wörter zu verſtehen. Diejenigen Dinge, welche in dominio privatorum ſind, heiſſen res privatæ. FESTVS voce *Privos* p. 378. ſchreibet davon: *Privos privasque antiqui dicebant pro ſingulis: ob quam cauſſam & privata dicuntur, quæ unius cuiusque ſunt, hinc eſt privilegium.* Dieſe res privatæ wurden bei den Römern eingetheilet in res mancipi & nec mancipi. Die res mancipi hieſſen, quæ certo ritu inter ſolos cives Romanos ita vendi poterant, ut emtor manu eas caperet, & venditor earum evictionem præſtaret. Nec mancipi wurden genennet, quæ non poterant iſto ritu alienari: daher denn auch die Gefahr der Sache bei dem Käufer war. PLAVTVS *in Perſ. Act. IV. Scen. 3. v. 55.* drücket die Sache gar ſchön aus:

Ac ſuo periculo is emat, qui eam mercabitur,
Mancupio *neque promittet, neque quisquam dabit.*

Und hernach weiter *v. 61.*

- - - Nihil mihi opus eſt litibus,
Niſi mancipio accipio, quid eo mihi opus mercimonio?

Dahero unterſcheidet auch LVCRETIVS *de rer. natura lib. III. v.* 985. mancipium & uſum

Vitaque mancipio nulli datur, omnibus uſu.

CICERO *lib. VII. ad Fam. ep. 29. 30.* In dem gantzen Juſtinianeiſchen Rechte wird dieſer Eintheilung keine Meldung gethan, weil, wie wir oben erinnert haben, der Keiſer *Juſtinianus* obige Eintheilung aufgehoben hat. HOTOMANNVS *in Anti-Triboniano* c. 5. p. 113. Im übrigen iſt der Grund dieſes Unterſchieds ohne allem Zweifel in dem Werth der Sachen zu ſuchen. Denn koſtbare Sachen, wohin bei den Alten die Güter, Knechte, Vieh, u. d. m. gerechnet wurden, wurden mit groſſer Sorgfalt und Solennitäten auf andere transferiret. BYNKERSHOEK *de rebus mancipi.* p. 109. Zu den rebus mancipi wurden gerechnet prædia Italica, VLPIANI *Fragm. Tit. XIX.* §. 1. welches auch in andern Provinzen galt, wenn einigen Orten das ius Italicum war gegeben worden: dergleichen Städte in den Pandecten, *Tit. de Cenſibus*, angeführet werden. NORISIVS *de Epochis Syro-Maced.* p. 427. Dergleichen Oerter hieſſen agri cenſui cenſendo. FESTVS voce *Cenſui.* p. 265. Die übrigen Güter in den Provinzen hieſſen poſſeſſiones, & uſu tantum tenebantur non mancipio. FESTVS voce *Poſſeſſio* Ferner wurden dieſen die iura prædiorum ruſticorum beigezählet, z. E. actus, via, aquæductus. Daß aber auch die hereditates res mancipi geweſen, erhellet daraus, daß dieſelben per æs & libram mancipirt worden. §. 1. *Inſt de teſt. ordin.* GELLIVS *lib. XV. Noct. Attic* c. 26. BYNKERSHOEK *de rebus mancipi.* c 8. p. 128. Es möchte aber iemand fragen, warum nur allein die ſervitutes prædiorum ruſticorum und nicht urbanorum res mancipi geweſen ſind? Der Hr. SCHVLTING *in Notis ad* VLPIANI *Fragm. Tit. XIX.* §. 1. meinet, weil jene nur ſoli, dieſe aber ſuperficiei geweſen. L. 3. D *de ſervitut* Allein Hr. BYNKERSHOEK *de rebus mancipi.* p. 130. hat die Sache beſſer eingeſehen, und ſaget, weil die prædia ruſtica Italica ihrer Natur und Eigenſchaft nach res mancipi geweſen: ſo wären auch die darauf haftende ſervitutes iure acceſſionis pro rebus mancipi gehalten worden. Im Gegentheil, da die prædia urbana ſelbſt nur per acceſſionem res mancipi geweſen: ſo hätten die darauf liegende Dienſtbarkeiten keine res mancipi ſeyn können, quia non dabatur acceſſionis acceſſio. So waren auch res mancipi, ſervi, mancipio dari, ja ſo gar die Kinder, welche nach dem alten Recht konten verkauft werden: daher CAIVS der Mancipation der Kinder in *Inſtitutionibus lib. I. Tit. VI.* §. 3. Meldung thut.

Letz-

Letztens wurden auch dahin gerechnet quadrupedes, quæ dorso collove domantur, z. E. Rinder, Pferde, Esel, Maul-Esel: dagegen das andere Vieh, z. E. Schaafe, Schweine ꝛc. wilden Thiere keine res mancipi waren, obgleich ISIDORVS *lib. IX. Orig.* c 4. jene dazu zehlet. Die übrigen Sachen wurden res nec mancipi genennet. Es geschahe aber die Veräusserung der rerum mancipi durch die Mancipation. Denn obgleich diese res mancipi auch ohne Mancipation konten übergeben werden: so waren dieselben alsdenn doch nur in bonis, nicht aber in dem Eigenthum des Empfängers, und höreten auf res mancipi zu seyn, wenn keine modi adquirendi iuris civilis dazu kamen. Dahin gehören die Verse HORATII *lib. II. ep. 2. v. 158 seq.*

Si proprium est, quod quis libra mercatus & ære est,
Quædam, consultis si credas, mancipat usus.

Hier redet HORATIVS von den rebus mancipi, welche nach der Lehre der Rechtsgelehrten auch durch die usucapion konten erlanget werden. SCHVLTING *in Not. ad* VLPIANI *Fragm.* p. 620. Die mancipatio war ein actus legitimus, nach welchen die res mancipi auf eine feierliche Weise übergeben wurden, wie Hr. BYNKERSHOEK *de rebus mancipi* p. 105. ausführet. Weil wir oben *Tit. XII.* schon von der mancipation geredet haben: so würde es unnöthig seyn, solches zu wiederholen. Wir wollen nur dieses noch hinzu setzen, daß dieser actus nur durch eine einzige mancipation zu Stande gekommen. Diese mancipatio wurde sonst auch nexus genennet. FESTVS voce *Nexum* p. 334. saget davon: *Nexum est, quod per æs & libram geritur, nexum æs dicebatur pecunia, quæ per nexum obligatur.* Diejenigen, welche mancipirten, brauchten dabei die sponsion, *ni quid suum sit, se evictionem præstituros*, welches VARRO *de Lingv. Latin.* p. 58. folgender massen anzeiget: *Nexum Manilius scribit, omne, quod per libram & æs geritur, in quo sint mancipi. Mucius Scævola, quæ per æs & libram fiant, ut obligentur, præterquam quæ mancipio dentur. Hoc verius esse, ipsum verbum ostendit, de quo quæritur. Nam idem, quod obligatur per libram*, ni quid suum sit, *inde nexum dictum.* Ueberhaupt ist zu mercken, daß der Hr. BYNKERSHOEK in dem Werck *de rebus mancipi & nec mancipi*, diese sonst dunckeln Sachen in ein ziemliches Licht gesetzet hat: und obgleich der gelehrte Hr. Christfried WÆCHTLER *in Act. Erud. Lipsiens. supplem.* T. VII. p. 294. einige Zweifel dagegen erreget hat: so hat man doch nicht nöthig, sich bei denselben lange aufzuhalten, weil wir glauben, daß es leichter sey, in solchen alten Sachen Zweifels Knoten zu knüpfen, als dieselben aufzulösen. Es kan uns genug seyn, daß dasjenige, was Hr. BYNKERSHOEK vorgetragen hat, sich vornemlich auf die Lehren VLPIANI in *Fragm. Tit.* XIX. §. 1. gründet.

De

De Adquirendo Rerum Dominio.

§. 331.

Der zweite Theil dieſes Titels handelt *de adquirendo rerum dominio:* und wir nehmen dahero Gelegenheit, auch dieſe Lehre insbeſondere zu betrachten. Wir haben geſagt, daß das andere obiectum iuris die res ſeyn, da das erſte obiectum iuris die Perſonen waren; und das dritte obiectum iuris ſind die actiones. (§. 310.) Es iſt aber das ius rerum zweierlei, entweder ius in re, oder ad rem. Von den iuribus in re wird gehandelt vom Anfang dieſes Buches bis zum vierzehenten Titel des dritten Buches, alwo von dem iure ad rem *Tribunianus* zu reden anfängt. Dieſe Eintheilung iſt den Römiſchen Rechten gar nicht unbekannt, obgleich das ius canonicum die Worte ius in re und ius ad rem erfunden hat, wie aus dem c. 8. *de conceſſ. præb. in 6.* und c. 40. *eod.* zu erſehen iſt. Es iſt aber auch hierbei zu mercken, daß dieſe Eintheilung in der geſunden Vernunft gegründet ſey; denn es wird mir entweder eine Sache ex facto quodam verbunden, oder es verbindet ſich eine Perſon, mir etwas zu geben, oder zu thun. Iſt mir eine Sache ſelbſt verbunden, ſo habe ich ein ius in re; iſt mir aber die Perſon verbunden, ſo habe ich ein ius ad rem. Die erſte ſpecies iuris in re iſt das dominium: daher wir denn in dieſen und den folgenden Titeln, de modis adquirendi dominium, handeln wollen. Wir haben dabei zu ſehen, α) was ius in re & ad rem ſey? (§. 332 - 334.) β) Was und wie vielerlei das dominium ſey? (§. 335 - 338.) γ) Was modus adquirendi dominium heiſſe? (§. 339.) δ) Wie vielerlei dieſe modi adquirendi ſeyn? (§. 340 - 384.)

§. 332. Hier wird erſtlich gefraget: was ius in re & ad rem ſey? und wie das eine von dem andern unterſchieden werde? GROTIVS und Hr. HVBER definiren das ius in re alſo, daß ſie ſagen: *Ius in re eſt facultas homini in rem competens ſine reſpectu ad certam perſonam.* Hingegen ſagen ſie: *Ius ad rem eſt facultas, competens perſonæ in perſonam, ut hæc aliquid dare vel facere teneatur.* Hieraus kan man nun gar leicht den Unterſchied inter ius in re & ad rem erkennen, als welcher einem ſogleich in die Augen fällt. Es iſt nemlich zu mercken, a) wo ich ein ius in re habe, da iſt mir die Sache ſelbſt verbunden: wo aber ein ius ad rem iſt, da iſt nur die Perſon verbunden. b) Wenn ich ein ius in re habe, ſo halte ich mich ſchlechterdings an die Sache ſelbſt: habe ich aber ein ius ad rem, ſo fordere ich, daß mir entweder etwas ſoll gegeben oder gethan werden. c) Aus dem iure in re entſtehen lauter actiones reales, welche contra quemcunque poſſeſſorem können

angeſtellet werden: aus dem iure ad rem aber entſtehen nur actiones perſonales, welche nicht contra quemcunque poſſeſſorem können angeſtellet werden, ſondern die nur gegen denjenigen ſtatt finden, mit welchen ich etwas abgehandelt habe. HVBER *Prælect. ad Inſtit. h. t.* §. 12. Einige wenige actiones ſind davon ausgenommen, welche, ob ſie gleich perſonales ſeyn, dennoch contra quemcunque poſſeſſorem ſtatt finden können, und dahero werden dieſelben actiones in rem ſcriptæ genennet, welche wir unten (§. 1146. in ſchol.) anführen. Z. E. Wenn ich ex dominio als einem iure in re klage: ſo nehme ich meine Sache hinweg, wo ich dieſelbe finde: ich mag nun mit der Perſon, welche dieſelbe hat, etwas verhandelt haben oder nicht, daran iſt mir nichts gelegen, hingegen wenn ich von einem Buchführer ein Buch gekaufet habe, derſelbe aber ſolches mir noch nicht übergeben, ſondern *Sempronio* wieder verkauft hat: ſo kan ich nicht gegen *Sempronium* klagen, weil ich mit demſelben niemals ein Geſchäft gehabt, ſondern ich muß wider den Buchführer, von welchen ich etwas gekaufet, klagen, weil ich hier aus einem Contrakt, d. i. aus einem ivre ad rem, klage.

§. 333. 334. Hier wird gefragt: Quænam ſint ſpecies iuris in re & ad rem? Von den letztern kan die Antwort leicht gegeben werden. Denn alles ius ad rem kömmt her ex obligatione, und daher iſt dieſes die einzige ſpecies iuris ad rem, welche keine andere hat. Wie vielerlei aber die Verbindung ſelbſt ſey, das ſoll unten (*Lib. III. Tit. XIV.* §. 769. & ſeqq.) mit mehrern gezeiget werden. Hingegen iſt auch die Antwort viel ſchwerer, wenn man fraget: quot dentur ſpecies iuris in re? Denn darüber iſt unter den Rechtsgelehrten ein groſſer Streit erreget worden. HAHN *ad Weſenbecium* und andere ſetzen fünf ſpecies iuris in re, dagegen BORN in Leipzig in einer diſſertation *de iure in re*, ſich zu zeigen bemühet, daß es nur eine ſpeciem iuris in re gäbe, nemlich dominium. Denn von der poſſeſſione läugnet er, daß dieſelbe eine ſpecies iuris in re ſey, die übrigen viere aber ziehet er unter eine ſpeciem, nemlich das dominium. Denn er ſagt, das dominium iſt entweder univerſale, und dann heiſſet es hereditas, oder ſingulare, und dieſes beſtehet entweder in re corporali, oder in incorporali. Beſtehet es in re corporali, ſo gibt es entweder proprietatem oder poſſeſſionem. Giebt es proprietatem, ſo heiſſet es dominium κατ' ἐξοχην, giebt es poſſeſſionem, ſo wird es pignus genennet. Wenn es endlich in re incorporali oder in iure beſtehet, ſo entſtehen daraus die Dienſtbarkeiten (ſervitutes). Und alſo hat BORN die Sache eingefädelt: allein wir können nicht beſchreiben, was dieſe Meinung vor gelehrte Kriege nach ſich gezogen hat. Denn BORNII Meinung haben GLÆSER, ein Juriſt zu Helmſtädt, und der Leipziger Profeſſor SCHWENDENDÖRFER, dergeſtalt angefochten, ac ſi non de problemate aliquo iuridi-

co,

eo, ſed de ſalute Græciæ ageretur. Wir, die wir keiner Parteiligkeit zugethan ſind, können nun gar leicht ermeſſen, bei welchen Theile die Wahrheit ſey. Nemlich BORN hat gar recht geläugnet, daß die poſſeſſio kein ius in re ſey: wir wollen es aber gantz anders beweiſen, als wie BORN gethan hat. Denn die Poſſeſſio bringet kein ius in re herfür, niſi momentaneum. L. 15. D. *de adquir. dom.* L. 5. D. *de uſucap.* L. *ult. Cod qui legit. poſſ.* L. 7. *Cod. unde vi.* d. i. aus dem Beſitz entſpringet mir kein Recht, als nur ſo lange, als ich beſitze. Wenn ich dahero mein Recht vor dem Richter ausführe, ſo muß der andere, ſo meine Sache beſitzet, weichen, wenn er gleich ſaget, er beſitze dieſelbe bona fide & iuſto titulo: nun aber iſt das ius in re kein ius momentaneum, ſondern muß beſtändig fortdauren, und auch ſo gar alsdenn, wenn einer aus dem Beſitz geſetzet worden iſt. Wenn mir dahero eine Sache genommen iſt, ſo höre ich nicht auf, Herr oder Erbe zu ſeyn, oder es wird mir auch nicht das ius pignoris oder ſervitutis, wenn ich dergleichen gehabt, entzogen. Dahero ich folgender maſſen ſchlieſſe: Kein ius in re iſt ein ius momentaneum (§. 333. I.): poſſeſſio aber iſt ein ius momentaneum, wie wir demonſtrirt haben, dahero iſt die poſſeſſio kein ius in re. HVBER *in Prælect. ad Inſtit. de Interdict. lib. IV. Digreſſ.* c. 10. CVIACIVS *lib. XVIII Obſerv.* c. 24. Zum andern beweiſen wir auch dieſes aus der Wirckung. Alles ius in re bringet eine actionem in rem oder realem herfür, welche gegen einen ieden Beſitzer, er mag Hans oder Cuntz ſeyn, ſtatt findet. §. 1. *Inſt. de Act.* L. 25. D. *de Obl. & act.* Denn weil mir die Sache ſelbſt devincirt iſt ex iure in re: ſo iſt mir wenig daran gelegen, wer dieſelbe hat, ich nehme dieſelbe weg, wo ich ſie finde, wie bei den vorherigen *Sphis* zur Gnüge iſt gezeiget worden. Nun entſtehen aber aus der poſſeſſione die interdicta recuperandæ poſſeſſionis, welche nicht auf die Sache ſelbſt, ſondern auf die Perſon gehen. L. 7. D. *de vi & vi arm.* So ſind auch die interdicta uti poſſidetis und utrubi, oder retinendæ poſſeſſionis, nicht realia, weil hier einer klagt, welcher im Beſitz iſt, der kan aber nicht in rem klagen, ausgenommen in einem eintzigen Fall, nemlich actione negatoria. §. 2. *Inſt de act.* Weil dahero keine actio, welche ex ſtatu poſſeſſionis entſtehet, in rem iſt; ſo erhellet daraus, daß die poſſeſſio kein ius in re ſey. Das ius canonicum iſt daran Urſache geweſen, daß die Rechtsgelehrten die poſſeſſionem pro iure in re angegeben haben. Denn da daſſelbe actionem & exceptionem ſpolii eingeführet hat, und ſelbige alle beide dem tertio poſſeſſori entgegen ſtehen: ſo haben die Rechtsgelehrten daraus geſchloſſen, daß die poſſeſſio die Natur und Eigenſchaft des iuris in re angenommen habe. Nun hätte aber BORN weiter keine Urſache gehabt, die übrigen ſpecies iuris in re nur auf das eintzige dominium zu ziehen. Denn was wird unſere Rechtsgelahrtheit da-

durch gewinnen, wenn wir die übrigen ſpecies iuris in re, welche doch ihrer Natur und Eigenſchaft nach unterſchieden ſind, deswegen in Zweifel ziehen wollen, weil ſie in einer einzigen überein kommen. Daher wir bei den einmal angenommenen quatuor ſpeciebus iuris in re verbleiben, wovon ſonderlich HVBER *in Prælect. ad Inſtit. lib. IV. Tit. XV.* §. 2. und ZACHARIAS HVBERVS *lib. III. Diſſert V.* c. 2. §. 17. ſeqq. ausführlich gehandelt, und dieſelben feſtgeſetzet haben. Es ſind dieſelben aber folgende: α) Dominium. β) Hereditas. γ) Servitus. δ) Pignus. §. 4. *Inſt. de uſufructu.* L. 13. §. 1. L. 19. D. *de damn. inf.* L. 30. D. *de noxat. act.*

§. 335. Wir wollen alſo von der erſten ſpecie iuris in re handeln. Von welcher gefragt wird, a) was und wie vielerlei das dominium ſey? (§. 335 338.) b) Quibus modis dominium adquiritur? (§. 339. usque ad finem.) Was dominium ſey, iſt nicht ſchwer zu beantworten. Wir nennen daſſelbe ius in re corporali, ex quo facultas de ea diſponendi, eamque vindicandi naſcitur, niſi vel lex, vel conventio, vel teſtatoris voluntas obſtat. So definirt daſſelbe MYNSINGER *ad princ. Inſt. h. t.* womit auch unſere Geſätze übereinſtimmen. L. 21. *Cod. mandat.* L. *ult. Cod. de reb. alien. non alienand.* Wir haben geſagt, das dominium ſey ein ius in re corporali. Denn incorporalia ſind zwar in bonis, nicht aber in dominio. L. 49. D. *de Verb. Signif.* Daher denn auch, wenn wir unſere Rechte verfolgen, ſo geſchiehet dieſes nicht per rei vindicationem, welche allein bei den rebus corporalibus ſtatt findet, L. 1. §. 1. D. *de rei vindicat.* ſondern wir brauchen die actionem confeſſoriam & negatoriam. Ferner haben wir geſagt: ex quo facultas de ea diſponendi eamque vindicandi naſcitur. Denn derjenige, welcher dominus iſt, hat a) diſpoſitionem de rebus ſuis, und zwar, α) daß er ſich derſelben mit Ausſchlieſſung aller andern bedienen kan: β) Er kan dieſelben auch unter Lebendigen und Todten veräuſſern, und auf andere bringen, und kan endlich γ) dieſelben mißbrauchen und verderben. So hat auch der dominus b) das ius vindicandi rem ſuam. Denn wer zugleich dominus iſt, der bleibt es beſtändig, und vindicirt alſo ſeine Sachen a quocunque poſſeſſore. Die Römiſchen Knechte können uns hierin zum Exempel dienen. Die Römer konten ſich derſelben, weil ſie in dominio waren, nach Belieben bedienen: ſie konten dieſelben verſchencken, verkaufen und legiren: poterant iisdem abuti, weil ſie das ius vitæ & necis über dieſelben ausübeten. Endlich wenn ein Knecht davon gelaufen war, oder geſtohlen worden, ſo konten ſie denſelben, wenn ſie ihn funden, wieder unter die Knechtſchaft ziehen. Und dieſes ſind die wahrhaften Wirckungen des dominii. Wir haben aber in unſerer definition noch eine limitation hinzugeſetzet, niſi vel lex, vel conventio, vel teſtatoris voluntas obſiſtat. Denn dadurch kan es leichtlich geſchehen,

daß

daß das dominium reſtringiret wird, wenn z. E. ein Geſätz verbindet, unſere Sachen zu vindiciren, welche uſucapirt ſind: oder der Unmündige darf ſeine Güter nicht ſelbſt verwalten. Dieſes geſchiehet auch per conventionem: denn dadurch wird der Vaſall verhindert, das Lehn ohne des Lehnsherrn Wiſſen und Willen zu veräuſſern, ob er gleich das dominium daran hat. Endlich kan ſolches auch geſchehen durch den Willen des teſtatoris, z. E. wenn der teſtator die Veräuſſerung des fideicommiſſi verbietet, da doch der heres fiduciarius darüber dominus iſt.

§. 336. Bisher haben wir von der definition des dominii gehandelt: nun folgen die unterſchiedenen Eintheilungen deſſelben. *α)* Dominium war bei den Römern vel Quiritarium, welches THEOPHILVS ἐννομὸν nennet, vel bonitarium, welches THEOPHILVS φυσικὸν, ſeu naturale heiſſet. THEOPHILVS §. *ult. Inſt. de Libertin.* Jenes war den Römiſchen Bürgern gantz eigen, und konten daſſelbe die peregrini nicht haben: das andere aber hatten alle Menſchen gemein. Jenes beſtunde nur in rebus mancipi, von welchen oben (§. 330.) gehandelt worden: das andere aber in rebus nec mancipi. Z. E. Ein fundus Italicus konte in dominio Quiritario ſeyn, hingegen war ein fundus provincialis nur in bonis, und konte dahero nicht uſucapirt werden. Beſiehe von dieſem Rechte SIGONIVM *de antiquo iure civ. Rom.* p. 150. BRISSONIVM *lib. IV. Antiq. Select.* c. 22. p. 78. BYNCKERSHOEK *de rebus mancipi & nec mancipi* c. IX. p. 131. ſeqq. Allein der Keiſer *Juſtinianus* hat dieſe Eintheilung aufgehoben in L. *un. Cod. de nudo iure Quirit. tollendo.* und in L. *un. Cod. de uſucap. transform. & de ſub. differ. rer. mancipi & nec mancipi*, wovon CVIACIVS *in Paratitlis ad hh. t. t.* ausführlich handelt. Warum aber dieſe Eintheilung nach und nach auſſer Gebrauch gekommen, und von dem Keiſer *Juſtiniano* endlich gar aufgehoben worden, davon iſt die Urſache in L. 7. D. *de ſtatu hominum* mit zu ſuchen, alwo ſtehet, daß alle diejenigen, welche ſich in orbe Romano aufgehalten, zu Römiſchen Bürgern gemachet worden: und daher muſte nothwendig das dominium Quiritarium und bonitarium hinwegfallen.

§. 337. Ferner wird das dominium *β)* eingetheilet in plenum & minus plenum. Plenum wird genennet, wenn die Freiheit mit einer Sache zu ſchalten und zu walten, und ſich derſelben zu bedienen mit einer Perſon verknüpfet iſt: hingegen heiſſet minus plenum, wenn dieſe beeden Befugniſſe einigermaſſen getrennet ſind. Z. E. Ein Lehenmann hat allen Nutzen von ſeinen Lehen, aber er hat nicht das ius diſponendi de feudo, ſondern daſſelbe iſt zwiſchen dem Lehensherrn und Vaſallen getheilet, daß derſelbe das Lehen nicht veräuſſern noch verpfänden kan, ohne Wiſſen und Willen des Lehensherrn. Daher iſt das beiderſeitige dominium nicht plenum, ſondern minus plenum.

Ferner ist das minus plenum dominium wieder zweierlei. Denn von demjenigen, welcher sich das Recht vorbehalten hat, daß der Besitzer von seiner Sache ohne dessen Willen nicht frei disponiren soll, wird gesagt, daß er ein dominium directum habe: welcher aber aus der Sache allen Nutzen allein ziehet, dem wird das dominium utile beigeleget. Z. E. Der dominus emphyteuseos, der Erben-Zinsherr, ist dominus directus, hingegen der emphyteuta oder Erben-Zinsmann ist dominus utilis, aus kurtz vorher angeführter Ursache. Im übrigen können von der Benennung, dominium, di. Gedancken des sel. Geh. Rath GVNDLINGS, welche er in den GVNDLINGIANIS vorgetragen hat, nachgelesen werden.

§. 338. Einige wollen diese bisher vorgetragene Wörter, und deren Erklärung nicht leiden, weil dieselben in unsern Römischen Rechten nicht vorkommen, sondern von den Herrn Glossatoribus sind erfunden worden. CVIACIVS *lib. XI. Observ.* c. 35. Und in Wahrheit es sind dieselben auch nicht alzusüalich angebracht, es könte auch die Sache viel schöner und deutlicher ausgedrückt werden, wenn man das dominum in verum, & ius dominio proximum eintheilen wolte, wie dieses Herr HVBER, WESTENBERG und andere fürtrefliche Rechtsgelehrte gethan haben. Allein ich sehe auch nicht ab, warum man die einmal in foro und von den Rechtsgelehrten angenommenen Wörter ändern soll. Denn ob sie gleich nicht elegantia sind, so sind sie auch nicht plane barbara. Noch ist hierbei zu mercken, daß wir heut zu Tage drei species dominii minus pleni haben. α) Ius emphyteuseos. β) Ius superficiei, und γ) ius feudi. Die ersten beeden species kommen aus den Römischen Rechten her; von der letzten aber wissen dieselben nichts.

§. 339. Nachdem wir dieses zum voraus gesetzet haben: so wollen wir auch die andere Frage betrachten, quibus modis dominium adquiratur? Hierbei haben wir nun zu sehen, α) quid sit modus adquirendi? (§. 339.) β) Quotuplices sint illi modi? (§. 340.) γ) Quot sint modi iuris gentium? (§. 341. usque ad finem.) Was die erste Frage betrift, so hat man sich zum voraus zu hüten, daß man nicht den titulum & modum adquirendi miteinander vermische, als welche von einander sehr unterschieden sind. Denn ein iedes dominium hat duplicem causſam. a) proximam, per quam immediate dominium consequor, b) remotam, per quam & propter quam mediate fio dominus. Z. E. Wenn ich eine Sache von iemand kaufe, dem sie zugehöret, und mir derselbe die gekaufte Sache übergiebet: so werde ich unmittelbar Herr darüber, und alsdenn ist die traditio causſa dominii proxima, emtio autem causſa remota. Damit wir nun diese Lehre anwenden, so ist zu mercken, daß die causſa dominii proxima modus adquirendi heisset, die causſa remota aber titulus genennet wird. Denn 1) per titulum erhalte ich nur ein ius ad rem,

per

per modum adquirendi aber bekomme ich ein ius in re. 2) Ex titulo klage ich nur wieder die Person, mit welcher ich contrahirt habe: hingegen klage ich ex modo adquirendi contra quemcunque possessorem, auch so gar gegen diejenigen, mit welchen ich nicht contrahirt habe, wovon die Exempel in L. 72. D. *h. t.* L. 3. D. *de Oblig. & act.* L. 5. *Cod. de rei vindic.* zu finden. Wir wollen davon ein Exempel anführen: Ich habe von einem Buchführer ein Buch gekaufet, welches er hernach wieder an *Titium* überlässet, und ihm auch dasselbe übergiebet. Hier wird gefragt: ob ich nicht, da ich zuerst gekauft habe, wieder *Titium* klagen, und auch das von ihm gekaufte Buch vindiciren kan? Diese Frage ist zu verneinen: denn wer etwas kaufet, der hat nur einen Titel, hat aber die Sache noch nicht adquirirt, und kan daher auch nicht in rem klagen contra quemcunque possessorem, weil er kein ius in re hat. Also müste ich in diesem Fall gegen den Buchführer klagen, mit welchen ich contrahirt habe, daß er den Contrakt erfüllen soll, vel si adimplere nequeat, ad id quod interest. Dahero ist folgendes axioma sehr wohl in acht zu nehmen: titulus nunquam dat ius in re, sed debet accedere traditio L. 20. *Cod. de pact.* Wenn ich daher etwas vertauscht habe, oder es ist mir eine Sache legirt, geschencket, verkauft worden: so bin ich doch nicht eher Herr davon, als bis die Uebergebung erfolget ist, welche allein das dominium oder ius in re transferirt, wenn nur ein titulus ad transferendum dominium habilis vorher gegangen ist. L. 31. *princ.* D. *de Adquir. rer. dom.* §. 40. *Inst. h. t.* Dahero ist kein titulus genug sine traditione, noch traditio sine titulo. Diese Regel herrschet durch alle unsere Rechte, und dahero ist nöthig, daß ein ieder sich dieselbe wohl in das Gedächtnis fasse. Weil aber keine Regel ist, welche nicht ihre Ausnahme leiden solte: also finden sich auch einige derselben bei der gegenwärtigen, welche wir im Scholio hinzu gesetzet haben. Es wird 1) davon ausgenommen die hypotheca. Denn diese wird nicht wie bei andern Pfändern geschiehet, tradirt, sondern es wird durch ein pactum ein ius in re gesetzet, und alsdenn hat der Creditor actionem realem contra quemcunque possessorem, ob er gleich die Sache niemals bekommen, noch besessen hat. L. 1. *princ.* D. *de pignor. act.* So sind auch davon ausgenommen 2) servitutes negativæ. Servitutes negativæ oder die Dienstbarkeiten sind iura; iura aber sind res incorporales, welche eigentlich nicht tradirt, sondern quasi tradirt werden, welche quasi traditio in huius exercitio & alterius patientia bestehet. Z. E. Wenn mir einer servitutem viæ versprochen hat auf seinem fundo, und ich spatzire oder reite durch denselben, und er lässet dieses geschehen, tunc quasi tradita censetur mihi ista servitus. L. *ult.* D. *de Servitut.* L. *ult.* D. *de Servitut. præd. rust.* Aber hierbei ist wohl zu mercken, daß dieses, was wir bisher gesagt haben, nur bei den servitutibus ad-

affirmativis ſtatt finde. Z. E. In itinere, actu, via, ſtillicidio &c. Denn die negativæ ſervitutes können ihrer Natur und Eigenſchaft nach weder tradirt, noch quaſi tradirt werden. Z. E. Wenn ich einem verſprochen habe, daß ich mein Hauß nicht höher bauen will, als es gegenwärtig iſt, ſo kan ich weder etwas übergeben, noch leiden, und der andere kan auch nichts ausüben, ſondern dieſes ius in re wird durch das bloſſe pactum, adeoque ſolo titulo, beſtimmet. Eine gleiche Ausnahme findet ſich 3) bei den Sachen, welche durch die drei iudicia diviſoria adiudicirt worden ſind. Denn ſo bald als dieſelben mir zugeſprochen werden, ſo gehören ſie mir zu, ob ſie gleich noch nicht übergeben worden. Dieſe drei iudicia diviſoria ſind folgende: α) familiæ erciſcundæ, β) communi dividundo, γ) finium regundorum. Wenn dahero dem coheredi, oder dem condomino, oder dem Grentz Nachbar etwas in den dreien iudiciis diviſoriis zugeſprochen wird, ad eos ſtatim tranſit dominium iſtius rei adiudicatæ. §. *ult. Inſt. de Officio iudicis.* Und dabei iſt dieſe beſondere Urſache, weil die coheredes und confines ſchon vorher ein dominium, obgleich confuſum, gehabt haben welches nunmehro getrennet wird. BACHOVIVS *adverſus* FABRI *Decad. XC. Error* 7. hat ſich daraus nicht finden können. Aus dieſer angegebenen Urſache kan man zugleich erſehen, daß der Herr LVDOVICI *in Doctrina Pandectarum lib. I. Tit VIII.* §. 8. geirret habe, da er gemeinet, bei allen adiudicationibus pflege das dominium ipſo iure transferirt zu werden. Es iſt dieſes ſehr irrig, weil in dem § *ult. Inſt. de Officio iudicis* ausdrücklich nur von den drei iudiciis diviſoriis, nicht aber von andern adiudicationibus die Rede iſt. Wenn durch einem jeden Abſchied des Richters ein ius in re gegeben würde, ſo müſte die actio iudicati nothwendig eine actio realis ſeyn, da doch dieſelbe actio perſonalis iſt, wie alle Rechtsgelehrte geſtehen müſſen. Letzlich findet ſich auch dieſe Ausnahme 4) bey den adquiſitionibus per ultimam voluntatem. Denn die traditio muß entweder von dem domino, oder auf deſſen Befehl von einem andern geſchehen. L. 9. D. *de adquir. rer. dom.* Nun aber kan ein Todter nichts übergeben, und daher wird der Erbe dominus rerum hereditariarum per aditionem ſine traditione. Der legatarius adquiriret ſo gleich die ihm vermachte Sachen ſo bald als der teſtator verſchieden iſt. L. *ult.* D. *de Serv. leg.* L. 9. §. 5. D. *quemadm. ſerv. amitt.*

§. 340. In dieſem Spho wird die Frage zu erörtern ſeyn, quotuplices ſint modi adquirendi dominium? Es werden dieſelben ab origine eingetheilet. Denn einige flieſſen ſelbſt aus dem Natur- und Völcker-Recht, und ſind allen Völckern gemein: andere hingegen haben ihren Urſprung allein aus dem Römiſchen bürgerlichen Rechten, und ſind entweder bei andern Völckern gantz unbekannt, oder verhalten ſich doch gantz anders. Alſo iſt

z. E.

z. E. die traditio iſt ein modus adquirendi, welchen alle Völcker mit einander gemein haben: quid enim tam conveniens eſt naturali æquitati, quam voluntatem domini volentis rem ſuam in alium transferre, ratam haberi. L. 9. §. 3. D. *de adquir. rer. dom* Hingegen iſt die uſucapio nicht allen Völckern bekannt, oder es verhält ſich doch dieſelbe nicht ſo, wie bei den Römern. Z. E. Nach den Römiſchen Rechten wird eine res immobilis X. annis inter præſentes, & XX. inter abſentes, eine res mobilis aber nach drei Jahren uſucapirt. Hingegen bei den Sachſen, Engländern, und andern Völckern, wird eine res mobilis nach Ablauf eines Jahres, eine res immobilis aber nach dreißig Jahren, Jahr und Tag, d. i. 31. Jahr 6. Wochen und 3. Tage, uſucapirt. Woraus denn offenbar erhellet, daß die modi adquirendi vel naturales vel civiles ſeyn. Die erſten entſpringen aus dem Natur- und Völcker-Recht, und von dieſen wird in gegenwärtigen Titel gehandelt: dieſe aber flieſſen aus den bürgerlichen Rechten, von welchen *Tit. VI.* & ſeqq. ſoll geredet werden.

§. 341. Hier wird gefraget, wie vielerlei ſind denn nun die modi adquirendi naturales? Die Rechtsgelehrten ſind in Beantwortung dieſer Frage nicht mit einander einig, daher dieſelben von GROTIO *lib. II. Iur. bell. & pac.* c. 3. §. 1. und PVFENDORFIO *lib. IV. Iur. Nat. & Gent.* c. 6 §. 1. auf den rechten Weg geleitet worden ſind. Denn wir adquiriren entweder eine Sache, welche in eines andern dominio nicht iſt, z. E. ein wildes Thier, einen Bienen-Schwarm, einen Fiſch aus dem Meere; oder wir transferiren eine Sache in unſer Eigenthum, welche vorher in dem Eigenthum eines andern iſt, z. E. wenn der Erbe Herr von den Sachen wird, die ihm der Verſtorbene überlaſſen, oder wenn der Käufer die Sachen erhält, welche ihn verkauft worden ſind. Im erſten Fall nennet GROTIVS die modos adquirendi originarios, im letzten Fall aber derivativos. Die originarii modi adquirendi ſind wiederum von zweierlei Art. Denn wir erlangen entweder ipſam rei ſubſtantiam, aut incrementa & fructus, qui ex iſta ſubſtantia rei proveniunt. Wenn das erſte geſchiehet, ſo nennet PVFENDORF dieſe modos adquirendi originarios ſimpliciter tales: wenn aber das letzte geſchiehet, ſecundum quid. Z. E. Wenn einer einen Bienen-Schwarm in einem Walde einfänget, und denſelben in ſeine Bienen-Stöcke einbringet: ſo iſt dieſes ein modus adquirendi originarius ſimpliciter talis, quia ipſam apum ſubſtantiam cepit, welche vorher in keines Menſchen Eigenthum war, ſondern ſich in der natürlichen Freiheit befand. Hernach aber bekömmt derjenige, welcher ſolche Bienen eingefangen hat, auch das Honig, welches die Bienen gemacht haben, welches ein modus adquirendi originarius ſecundum quid iſt, weil er dasjenige, welches ihn durch dieſe ſubſtantiam apum zuwächſet, adquiriret. Und nun ſoll es uns ein leichtes ſeyn, alle modos adquirendi naturales ausfindig zu ma-

machen, welche wir hernach anführen wollen. Es iſt nur ein einziger modus adquirendi originarius ſimpliciter talis, und dieſer heiſſet occupatio, wovon unten (§. 342-353.) gehandelt wird. Es iſt auch nur ein einziger modus adquirendi originarius ſecundum quid, welcher acceſſio genennet wird, von welchen wir unten (§. 354-378.) reden. Alſo iſt auch nur ein einziger modus adquirendi derivativus, welcher traditio heiſſet, wovon unten (§. 379. usque ad finem) ſoll gehandelt werden.

§. 342. Es iſt alſo der einzige modus adquirendi originarius ſimpliciter talis die occupatio, welche iſt adprehenſio rerum corporalium nullius, cum animo ſibi habendi. Dieſe definition muß recht verſtanden werden, daher wir dieſelbe durchgehen, und mit unſern Anmerckungen erläutern wollen. Die occupatio wird in der definition adprehenſio genennet, welche ſo beſchaffen ſeyn muß, als es die Sache leidet, z. E. daß ich ein Wildes-Thier fange, einen Edelſtein aufhebe, eine verlaſſene Stadt mit Mannſchaft beſetze: denn dieſe Sachen werden auf eine ſolche Art occupirt. Es wird aber in der definition hinzugeſetzet, cum animo ſibi habendi. Davon iſt die Urſache dieſe, daß wenn kein animus ſibi habendi da iſt, durch die Ergreifung nichts adquiriret wird, gleichwie auch der animus ſibi habendi nicht genug iſt, wenn nicht die wirckliche Ergreifung dazu kömmt. Z. E. wenn ein furioſus etwas aufhebet, ſo occupirt er die Sache nicht, weil ihm der animus ſibi habendi fehlet: hingegen wenn einer aus dem Fenſter heraus einen Edelſtein in Koth liegen ſiehet, und als ein anderer, der da vorbeigehet und ihn aufheben will, ſchreiet, ich will dieſen Edelſtein vor mich haben! ſo wird der Rufer nicht Herr davon, weil hier die wirckliche Ergreifung fehlet. Es muß alſo hier die wirckliche Ergreifung und der animus ſibi habendi mit einander verknüpfet ſeyn, ſonſt kan man es keine occupation nennen. Wir haben ferner in der definition geſaget, rei nullius: denn wenn die Sache ſchon ihren Herrn hat, ſo können wir dieſelbe durch unſere Ergreifung nicht occupiren, weil dieſes ein Diebſtahl ſeyn würde, da wir rem alienam hinweg nähmen. Wenn heut zu Tage ihrer zwei eine Sache finden, und der andere erkläret ſich, daß er die Hälfte haben will, ſo muß dieſelbe unter beide getheilet werden. Dieſes war auch ſchon bei den alten Römern etwas bekanntes, bei welchen man deswegen die Formel hatte, in commune, oder wie wir ſagen, halbe Part. Dieſes kan aus folgenden ſchönen Stellen der Alten gar fein erläutert werden. SENECA *ep.* 117. ſchreibet davon: *Quoties aliquid inveni, non exſpecto, donec dicas*: in commune; *ipſe mihi dico.* Und PHÆDRVS *Fab.* V, 6. erkläret ſich alſo:

Invenit calvus forte in trivio pectinem.
Acceſſit alter, æque defectus pilis,
Heia, inquit, eſt commune, *quodcumque eſt lucri.*

Wenn

Wenn ſich PLAVTVS *in Rudent. Act. IV. Scen. III. v.* 76. über die Römiſche Proceß-Ordnung aufhält, ſo gedencket er obiger Weiſe folgender maſſen:

. . . Omitte vidulum
GR. *Numquam hercle hinc hodie ramento fies fortunatior,*
TR. *Non probare pernegando mihi potes, niſi pars datur,*
Aut ad arbitrum reditur, aut ſequeſtro ponitur.
GR. *Quemne ego exeepi e mari?* TR. *At ego inſpectavi e littore,*
GR. *Mea opera, labore, & rete, & horia?* TR. *Num qui minus.*
Si veniat nunc dominus, cuius eſt, ego, qui inſpectavi procul
Te hunc habere, fur ſum quam tu? GR. *Nihilo.* TR. *Mane maſtigia.*
Quo argumento ſocius non ſum, & fur ſum, fac dum ex te ſciam.
GR. *Neſcio, neque ego iſtas leges veſtras urbanas ſcio,*
Niſi quia hunc meum eſſe dico. TR. *Et ego item aio eſſe meum.*

§. 343. Nunmehro ſind wir im Stande, die in dieſem §pho gegebenen axiomata, welche de occupatione handeln, gar leicht zu verſtehen. Dieſelben ſind folgende: 1) Ea, quæ nullius ſunt, cedunt occupanti. In unſern iure wird eine res nullius genennet, entweder ihrer Natur und Eigenſchaft nach, z. E. ein Fiſch in dem Meere, ein Wild in dem Walde, §. 12. & 22. *Inſt. h. t.* oder der Zeit nach, weil man nicht weiß, was die Sachen vor einen Herrn gehabt haben, z. E. ein Schatz. §. 39. *Inſt. h. t.* Auf alle dieſe Sachen kan unſer axioma angewendet werden, quæ nullius ſunt, cedunt occupanti, weil nichts vorhanden iſt, welches das dominium occupantis verhindern könte, da die Sache noch keinen Herrn hat. 2) Occupatio fit animo & actu corporali ſimul. Denn ſo lange die Sache noch nicht ergrifen iſt, ſo kan ich nicht ſagen, daß dieſelbe dieſem oder ienem zugehöre. Und wenn der animus habendi nicht da iſt, ſo kan auch die Ergreifung keinen effectum civilem herfür bringen. Die Ergreifung der beweglichen Dinge geſchiehet ordentlicher Weiſe mit den Händen: die Ergreifung der unbeweglichen aber mit den Füſſen, oder daß ich in die Sache hineingehe, und dahero können wir nun gar leicht verſtehen, was das vor eine Occupation geweſen, wovon uns PLVTARCHVS *in Quæſt. Græc.* c. 30. folgende artige Geſchichte erzehlet: *Andrii & Chalcidenſes cum ſedium petendarum cauſſa in Thraciam navigaſſent, Sanen urbem communi iuri proditione deditam ceperunt. Audito autem Acanthum à barbaris deſertam, duos miſerunt eo exploratores. Qui cum ad urbem accceſſiſſent, hoſtesque plane profugiſſe deprehenderent, Chalcidenſis prior excurrit tam-*

quam civibus ſuis urbem occupaturus. At Andrius cum eam curſu non aſſequeretur, haſtam coniectam valido ictu urbis portæ infixit, ac ſe haſta Andriis urbem eam præcepiſſe pronunciavit. Orta hinc diſcordia, quæ tamen in bellum non erupit, ita convenit inter partes, ut Erythræis, Samiis ac Pariis arbitrium diſceptatioque controverſiæ deferetur. Hic eum Erythræi ac Samii ſecundum Andrios litem dediſſent, Parii autem Chalcidenſium cauſſam probaſſent: eo loco Andrii conceptis verbis Parios deteſtati ſunt, ſeque nullum poſt modo dandarum aut accipiendarum mulierum commercium cum illis habituros pronunciaverunt. Hier wird gefragt, welche unter dieſen beiden das beſte und gegründeſte Recht gehabt haben? Wir antworten darauf: die Chalcidenſer. Denn wo hat man wohl gehöret, daß man Städte, wie die Vögel, mit einem Pfeile occupiren kan? Kan man auch wohl ſagen, wenn ein Feind etliche tauſend Bomben in eine Stadt geſpielet hat, daß er dieſelbe occupirt habe? PVFENDORF *de iure nat. & gent. lib. IV.* c. 6. §. 8. Beede Geſandten hatten den Vorſatz dieſe verlaſſene Stadt im Namen ihres Volcks zu occupiren: aber keiner von beiden hat dieſelbe dergeſtalt occupiret, wie man ſonſt von einer Stadt pfleget Beſitz zu nehmen. 3) Iſt auch dieſes ein axioma, welches gemercket werden muß: quæ cuſtodiæ coërceri nequeunt, nec occupari poſſunt. Denn occupare heiſſet ſo viel, als ergreifen, per axioma II. Was nutzet nun aber das Ergreifen einer Sache, wenn ich dieſelbe nicht behalten kan? §. 12. *Inſt. h. t.* L. 3. §. 2. D. *de adquir. rer. Dom.* Und aus dieſer Urſache hat der Hr. Präſident CORNELIVS *van* BYNKERSHOEK in diſſ. *de dominio maris*, gar recht geläugnet, daß das groſſe Welt-Meer occupirt werden kan, weil deſſen Beſitznehmung, welche durch eine Flotte geſchiehet, nicht kan behalten werden. Denn wenn die Flotte wieder nach Hauſe kehret, und es kömmt ein anderer dahin, wo jene geweſen iſt: ſo behauptet dieſelbe, eben wie jene, das dominium maris ſo lange, als ſie gegenwärtig iſt.

§. 344. Wie viel ſpecies occupationis ſeyn, daſſelbe wird im gegenwärtigen §pho gezeiget. Wir haben derſelben drei angegeben: α) Venationem, wozu auch aucupium und piſcatio gerechnet wird. β) Occupationem bellicam, und γ) Inventionem. Was die Jagd anbelanget, ſo iſt dieſelbe nichts anders, als occupatio ferarum beſtiarum, ſive terreſtrium, ſive volucrium, ſive piſcium, quippe quæ nullius ſunt. L. 1. §. 1. D. *de adquir. rer. Dom.* § 12. *Inſt. h. t.* Da nun den feris beſtiis vierfüßige Thiere auf der Erden, Vögel in der Luft, und Fiſche in dem Waſſer beigezählet werden: ſo iſt auch die Jagd dreierlei. Wenn vierfüßiges Wild gejaget wird, ſo heiſſet es venatio proprie ſic dicta, fänget man Vögel, heiſſet es aucupium, und bei den Fiſchen piſcatio. Occupatio bellica eſt perſonarum & rerum hoſtilium, wobei ein groſſer Zweifel entſtehet. Nemlich occupatio

fin-

Digitized by Google

findet nur bei den rebus nullius ſtatt. (§. 343. I.) Nun aber ſind die res & perſonæ hoſtium nicht nullius, und die Feinde haben dieſelben niemals derelinquirt, derohalben können ſie nicht occupirt werden. Allein die Antwort iſt aus dem § 348. zu nehmen, woraus man ſehen kan, daß die Römer wircklich dafür gehalten haben, daß die res hoſtium res nullius ſeyn. Es hat dieſes der Hr. Weſtenberg, mein ehemaliger Anteceſſor zu Franecker, in *Principiis iuris Tit. de adquir. rer. dom.* §. 39. und zwar ex L. 1. §. 1. D. *de adquir. vel amitt. poſſeſſ.* ſonnenklar gewieſen, wo der ICtus die Sachen der Feinde ausdrücklich mit den rebus nullius in eine Vergleichung ſtellet. Wir ſetzen noch hinzu, daß das Natur- und Völcker-Recht dieſen Grund-Satz gleichfalls annimmt, weswegen PVFENDORF *de iur. nat. & gent. lib. IV.* c. 6. §. 14. gar ſchön ſchreibet: *Sciendum eſt, per ſtatum hoſtilem, uti cetera iura pacifica, ita & effectum dominii abrumpi. Hactenus ut non amplius quis teneatur ab iſtis rebus manus abſtinere, niſi qua humanitas ſuaſerit. In bello res hoſtium in ordine ad alium hoſtem redduntur veluti dominio vacuæ: non quod hoſtes per bellum ipſo iure rerum ſuarum domini eſſe deſinant, ſed quia illorum dominium non obſtat hoſti, quo minus eas res aufferre, ſibique habere poſſit.* Inventio eſt rerum nullius mobilium, vel in nullius dominio conſtitutarum, vel pro derelictis habitarum, occupatio. Z. E. Durch die invention eignen wir uns die Edelſteine zu, welche das Meer auswirft, wir nehmen die Schätze, welche wir finden, weil ſie keinen Herrn haben.

§. 345. 347. Die erſte ſpecies occupationis iſt die venatio, deren definition wir ſchon bei dem vorigen §pho beigebracht haben. Da wir geſagt haben, daß die Venatio ſey ferarum beſtiarum occupatio: ſo erhellet daraus, daß dreierlei Dinge anzumercken ſind, α) was feræ beſtiæ ſeyn? (§. 345.) β) Wie dieſelben durch die Jagd uns zugeeignet werden? (§. 346.) γ) Wie lange dieſelbe in unſerer Gewalt verbleiben? (§. 347.)

I.) Beſtiæ werden eingetheilet in beſtias manſuetas, manſuefactas & feras. a) Feræ beſtiæ werden genennet, quæ liberæ vagantur, d. i. welche frei herumlaufen, und nicht ohne Gewalt und Liſt können gefangen werden, als Hirſche, Rehe, Wilde-Schweine, Haaſen, u. d. m. §. 15. *Inſt. h. t.* Dieſes ſind alſo ſolche, welche keinen animum redeundi haben: denn fange einer einmal ein Reh, und ſchlieſſe daſſelbe eine Zeit ein, laſſe es hernach wieder heraus, es wird gewiß nimmermehr wieder kommen. b) Manſuetæ ſind animalia domeſtica, quæ habent animum redeundi, z. E. Rinder, Schweine, Schaafe, Gänſe, Hüner, u. d. m. c) Manſuefactæ feræ ſind ſolche Thiere, welche wir in unſern Häuſern aufziehen und zahm machen, z. E. Tauben, Pfaue, und dergleichen Thiere mehr, wohin auch die zahmgemachten Hirſche gehören, deren VIRGILIVS *lib. VII. Æneid. v. 483.* PLVTARCHVS *in Sertorio.* L. LANGOB. *lib. I.*

Tit. XIX. §. 13. L. SALICA *Tit. XXXVI.* §. 3. gedencken. Wenn hier gesagt wird, daß einige Thiere animum redeundi, einige aber denselben nicht haben; so hat Hr. HVBER *in Prælect. ad Inst. h. t.* geglaubet, daß die alten Rechtsgelehrten den brutis analogum rationis beigeleget haben: allein der Keiser *Iustinianus* verstehet darunter nichts anders als consuetudinem, und PAPINIANVS in L. 47. D. *de adquir. vel amitt poss.* leget dem Menschen allein animum revertendi bei. Inzwischen erhellet aus dem vorher angeführten, daß nur die wilden Thiere durch die Jagd können gefangen werden, welches aber bei den zahmen und zahmgemachten Thieren nicht angehet. Denn wer diese jaget, ist ein Dieb und kein Jäger. Diejenigen, welche zuweilen auf die Jagd gehen, und den Bauern hinter den Gärten und Zäunen die Gänse und Hüner holen, sind solche Jäger von dieser Art; wenn aber die Bauern dazukommen, so geben sie ihnen öfters das Schieß Geld in einer guten Prügel-Suppe.

II.) Wie werden nun aber die Thiere durch die Jagd uns zugeeignet? Wir haben diese Sache durch fünf concluſiones erkläret, welche alle aus dem oben gegebenen axiomate (§. 343. I.) herfliessen, quæ nullius sunt, cedunt occupanti. Daraus fliesset nun von selbsten, α) daß die wilden Thiere, so bald als sie gefangen werden, uns zugehören. Es muß aber dieses recht verstanden werden, denn es wird supponirt, daß die feræ bestiæ nullius seyn müssen, welches auch nach dem Natur- und Völcker-Recht keinen Zweifel hat. Weil wir nun aber oben (§. 328) gewiesen haben, daß in den Ländern, welche per universitatem occupirt worden, das Volck dergleichen Sachen dem Landesherrn übergeben, und alle privatos von deren Gebrauch ausschliesse, welches auch heut zu Tage fast an allen Orten geschehen ist: so heisset es zwar, heut zu Tage, feræ bestiæ cedunt occupanti, aber nur in dem Fall, wenn einer das ius venandi, aucupandi und piscandi hat, denn sonst würde einer, welcher, ohne ein Recht zu haben, jagen, Vogel fangen, und fischen wolte, sehr übel ankommen. β) Es können auch feræ bestiæ auf eines andern Grund und Boden gefangen werden. L. 3. §. 7. D. *h. t.* Hier möchte iemand einwenden, eine rem uullius könte man nicht in fundo alieno suchen, (§. 367.) welches auch wahr ist: allein wenn ich eine rem nullius casu fortuito finde, so eigne ich mir dieselbe gleich zu, und daher, wenn ich ein wildes Thier in eines andern fundo antrese, kan ich mir dasselbe zueignen. Es sind aber hierbei einige limitationes zu mercken, a) daß ich den fundum alterius nicht beschädige. Denn wenn ich auf einem Acker ein Wild verfolge, und die Früchte verderbe: so muß billig der Schade ersetzet werden. b) Muß mich der Herr des fundi nicht verhindern, darauf zu kommen. Denn gleichwie ich das Recht habe, eine rem nullius in alieno fundo

do zu verfolgen, und zu occupiren: also hat auch der andere wegen seines Eigenthums ein Recht, andere Leute von dem Gebrauch seiner Sachen auszuschliessen, und ihnen zu verbieten, daß sie nicht auf seinen Aeckern jagen sollen. γ) Diejenigen Thiere, welche eingeschlossen sind und verwahret werden, können durch keine Jagd occupiret werden. Die Fische werden in Fischhalter u. Teiche, das Wild in Thier-Gärten, und die Bienen in die Stöcke gebracht, und also darf sich derselben niemand bemächtigen. L. 13. §. 14. D. *de adquir. vel amitt. poss.* Die Ursache davon ist diese: occupatio est rerum nullius. (§ 343.) Welche Sachen nun aber schon occupirt sind, die sind nicht mehr res nullius. Denn welcher Fische gefangen, und dieselben in Fischhalter oder Teiche eingeschlossen hat, cum animo sibi habendi, der ist Herr davon geworden, und die Fische haben aufgehöret, res nullius zu seyn: wer dahero in eines andern Teiche fischen, oder aus dessen Fischhalter die Fische heraus nehmen wolte, der würde rem alienam invito domino hinwegnehmen, und dadurch einen Diebstahl begehen. δ) So können auch die feræ mansuetæ & mansuefactæ durch keine Jagd occupirt werden. Weil wir die Ursache nur kurtz vorher angeführet haben: so lassen wir es auch hierbei bewenden, und wollen nichts weiter darzu setzen. ε) Wenn ich jage, so ist es nicht genug, daß ich das Wild verwundet habe, sondern es muß die apprehensio dazu kommen. L. 7. §. 1. L. 55. D. *h. t.* Doch ist hierbei zu mercken, daß wenn einer ein Wild angeschossen hat, so kan er dasselbe per fundum alterius verfolgen, und wenn es allda fält, zu sich nehmen: wenn solches nur geschiehet ohne Hunde und ohne Jagd Hörner. Doch wird auch hierbei erfordert, daß wenn einer ein Wild angeschossen hat, und dasselbe verfolgen will, an dem Ort, wo er Feuer gegeben, ein Zeichen, z. E. den Huth oder das Schnupftuch hingeleget. Besiehe von diesen Sachen AHASVERI FRITSCHII *Corpus iuris venatorio-forestalis*; iedoch die Edition, welche STRYK mit seiner Vorrede herausgegeben hat. Wir haben nun noch eine Frage zu erörtern:

III.) Wie lange eine fera bestia, wenn sie von uns gefangen worden, uns verbleibe? Wir antworten darauf: quæ fera bestia naturalem libertatem suam non recuperavit, manet nostra, si autem custodiam nostram evadit, nostra esse desinit, §. 12 *Inst. h. t.* Wenn ich einen Hirsch im Hause habe, derselbe aber läuft davon, und ein anderer bemächtiget sich desselben: so kan ich denselben nicht als einen Dieb ansehen, weil er nicht meine Sache, sondern rem nullius occupiret hat: denn sobald als ein Wild aus unserer Verwahrung gekommen, so gehöret dasselbe uns nicht mehr zu. Diese Regel gehet von andern Grundsätzen des Natur- und Völcker-Rechts platterdings ab. Denn wir haben oben gesaget, daß das ius in re nicht momentane-

ta eum', sondern perpetuum sey, und wenn wir dahero eine Sache erworben haben, aber den Besitz daran verlieren, so höret dieselbe deswegen nicht auf unsere zu seyn. (§. 333. I.) Z. E. Wenn ich einen Knecht habe, welcher mir davon gehet, so bekömmt derselbe durch das Davonlaufen nicht seine natürliche Freiheit, weil er einmal in meinem Eigenthum gewesen ist, und dahero kan derselbe an allen Orten, wo er gefunden wird, wieder vindicirt werden. Oder auch, wenn mir eine Sache von einem Menschen, cui omne ingenium in digitos cadit, gestohlen wird, so höret mein Eigenthum daran nicht auf, weil das ius in re allezeit perpetuum ist. Allein diese Regel leidet bei den wilden Thieren ihren grossen Abfall, wie dieses HVGO GROTIVS *de iure bell. & pac. lib. II.* c. VIII. §. 3. wohl angemercket hat. Denn sobald ein solches Thier davon gesprungen, und aus unsern Gewahrsam gekommen ist: so wird dafür gehalten, daß dasselbe zu seiner ehemaligen Freiheit gelanget sey, und aufgehöret habe, unser zu seyn. Daher denn auch dasselbe von einem iden occupirt werden kan, ohne daß einer einen Diebstahl begehet.

§. 348. Die zweite species occupationis ist occupatio bellica, deren Grund und Ursprung von uns oben (§. 344.) schon gezeiget worden. Denn weil res & ersonæ hostium nach den Völcker-Rechten als res nullius betrachtet werden: so ziehen wir aus diesem principio folgende conclusiones: 1) Ea, quæ ab hostibus capimus, fiunt nostra. L. 5. §. *ult.* D. *de adquir. rer. dom.* §. 17. *Inst. h. t.* Wir sagen mit Bedacht ab hostibus, woraus dann zugleich fliesset, daß diese occupatio bellica nicht auf die bürgerlichen Kriege kan gezogen werden: denn wenn welche in demselben gefangen wurden, so wurden sie keine servi. L. 21. §. 1. *de capt. & postlim.* Aber, was that man denn mit solchen Gefangenen? Resp. Sie wurden proscribirt, von welcher Weise, und deren Ursprung die Gelehrten über die Stelle VELLEII PATERCVLI *lib. II.* c. 28. schöne Anmerckungen gemachet haben. Man kan aus obigen zugleich ersehen, daß Strassenräuber, Seeräuber, und mehr dergleichen Lumpen-Gesindel, dasjenige, was sie rauben, sich den Rechten nach nicht adquiriren können, weil sie kein ius belli haben. Wir schliessen ferner aus unsern principio, 2) und 3) daß der Feind das Recht hat, sich seiner verlornen Sachen wieder zu bemächtigen. Denn da wir ebenfals Feinde sind, so muß er eben das Recht gegen uns haben, welches wir gegen ihn ausüben. Woraus fliesset, daß die beweglichen Sachen und feindlichen Personen, wenn gefangen worden sind, nicht eher uns zugehören, als bis dieselben an Ort und Stelle gebracht worden. Wenn daher der Feind seine Sachen und Leute, die wir gefangen haben, uns wieder abnimmt, ehe wir dieselben in unser Lager oder Festungen bringen können: so begehet derselbe kein furtum, son-

ſondern er bedienet ſich ſeiner Rechte. L. 5. §. 1. D. *de capt. & poſtlim.* Ich glaube nicht, daß es nöthig ſeyn wird, dieſes mit Exempeln zu erläutern, weil bei dem Kriege ſich dergleichen Fälle faſt täglich äuſſern, wovon man die Geſchichte conſuliren kan. Aus unſern principio folget, 4) daß die Beute, welche von den Soldaten gemachet wird, nicht ihnen, ſondern demjenigen zugehöre, in deſſen Namen, und auf deſſen Koſten der Krieg geführet wird. Und da wird in L. *penult.* D. *ad* l. *Iul. pecul.* gar artig geſaget, daß derjenige ein Crimen peculatus begehe, welcher einen Theil der gemachten Beute vor ſich behält, und dieſelbe nicht in das ærarium einliefert. Dahero iſt es ein gemeiner, und faſt lächerlicher Irrthum einiger Rechtsgelehrten, welche ſich einbilden, daß bei den Römern einem ieden Soldaten erlaubet geweſen, dasjenige, was er von dem Feinde erbeutet, ſich zuzueignen. Und wundert uns ſehr, daß der groſſe CVIACIVS *lib. XIX. Obſerv.* c. 7. ebenfals dieſe Meinung behauptet hat, da doch alle unſere Rechte, die Berichte der Geſchichtſchreiber, und die natürliche Billigkeit ſelbſt dagegen ſtreiten. L. *penult.* D. *ad* L. *Iul. pecul.* L. 20. §. 1. *de capt. & poſtlim.* L. 31. D. *de iure fiſci.* AVLVS GELLIVS *lib. VII. Noct. Attic.* c. 4. lib. XIII. c. 24. Es haben auch PETRVS FABER, welcher CVIACII Schüler geweſen, *lib. II. Semeſtr.* c. 3. 4. und HVGO GROTIVS *de iure bell. & pac. lib. III.* c. VI. §. 8. *& ſeqq.* obiges Vorgeben gründlich widerleget. Es pfleget aber öfters auch zu geſchehen, daß Privat-Leute auf ihre Koſten im Kriege dienen, oder zur See Caperei treiben, welche man Capers oder Commis-Fahrer nennet. Dieſe bekommen die gemachte Beute vor ſich, müſſen aber einen Theil davon an den Landesherrn bezahlen. Da aber die Soldaten die im Kriege gemachte Beute, welche in beweglichen Sachen beſtehet, nicht bekommen können: ſo ſchlieſſen wir 5) daraus, daß dieſelben noch vielweniger die res immobiles, welche durch Krieg gewonnen werden, z. E. Aecker, Güter und Dörfer, erhalten können, ob ſie dieſelben gleich zuerſt erobert und eingenommen haben. Omnis enim ager, ab hoſte captus, fit iure noſtro publicus. L. 20. §. 1. D. *de capt. & poſtlim.* und bei den Römern bekamen die Soldaten nichts davon, als bis das Volck durch die leges agrarias die Einrichtung machte, daß man an die eroberten Oerter Colonien führen, und den veteranis einen gewiſſen Theil des Landes ob bene merita geben ſolte, wovon PETRVS BVRMANNVS *de Vectigalibus populi Romani*, und OBRECHT in diſſ. *de Legibus agrariis* handeln. Endlich wird 6) noch eine Ausnahme hinzugethan, da die Soldaten in einem einzigen Fall die Beute behalten konten, wenn ihnen der Feldherr dieſelbe ausdrücklich verſprochen hatte. L. 36. §. 1. *Cod. de Donat.* Aus welchem Geſätz L. 5. §. 7. L. 51. §. 1. D. *de adquir. rer. dom.* L. 1. §. 1. D. *de adquir. poſſ.* zu erklären ſind, und man hat nicht nöthig mit HIERO-

NYMO ELINO *lib. II. Diatrib.* c. 1. einen Unterſchied zu machen, inter res prædatitias vulgares und pretioſas. Es geſchahe aber dieſes bisweilen, daß man die Soldaten zur Tapferkeit aufmuntern wolte, dafern etwa eine groſſe Gefahr vorhanden war: welches auch noch wohl heut zu Tage zu geſchehen pfleget.

§. 349. Weil nun der Feind eben das Recht hat, ſeine Sachen wieder zu recuperiren, wie wir das Recht haben, demſelben ſeine Sachen zu nehmen: ſo kan man daraus erſehen, worin das ius poſtliminii eigentliche beſtehe. Denn wenn eine Perſon, oder ein Schif in Kriegs-Zeiten gefangen worden iſt, und deſſelbe aus dem Gewahrſam der Feinde etwa wieder entwiſchet, ſo kömmt die oder daſſelbe wieder zu ſeiner Freiheit, ſo bald als es unſere Gräntzen erreichet, und erhält wieder ſeine vorigen Rechte iure poſtliminii, d. i. man fingirt, als ob ein ſolcher Menſch oder ein ſolches Schif niemals in feindlichen Händen geweſen. L. 7. §. 19. D. *de capt. & poſtlim.* Aus dieſer fiction ſchlieſſet man, daß diejenigen Perſonen, welche aus der feindlichen Gefangenſchaft wieder zurücke kehren, und nach Hauſe kommen, alle ihre Rechte der Freiheit wieder erhalten und in eben den Stand wieder geſetzet werden, darin ſie vor der Gefangenſchaft geweſen ſind. Ferner ſchlieſſen wir auch daraus, daß diejenigen Sachen, welche wieder in des vorigen Herrn Hände kommen, denſelben auch zugehören, und verbleiben. Wovon das ius poſtliminii ſeinen Namen bekommen habe, davon können wir ietzo nicht reden, weil wir ſchon ehemals von dieſem Umſtande ausführlich gehandelt haben.

§ 350. Die dritte ſpecies occupationis war, wie wir oben gehöret haben, die inventio. Wir ſagen, es ſey dieſelbe eine ſpecies occupationis; nun aber iſt die occupatio eine Ergreifung derjenigen Sachen, welche keinen Herrn haben: dahero folget daraus, daß wenn eine Sache von iemand verloren worden, keine inventio alsdenn ſtatt finden kan, daß einer dadurch ſich ein dominium adquiriren könte. Unſere inventio, wovon wir reden, wird alſo definirt: Inventio eſt rerum nullius vel pro derelictis habitarum adprehenſio. Dahero wird hier erfordert, *α*) animus adprehendendi. *β*) Adprehenſio actu corporali facta. Wer dahero eine Sache zuerſt liegen ſiehet, der kan ſich derſelben durch das bloſe Anſehen keinesweges bemächtigen, ſondern derjenige bekömmt dieſelbe, welcher ſie aufhebet, und zu ſich nimmt. Wenn wir auf ſolche Art Edelſteine, Silber, Gold und dergleichen pretieuſe Sachen mehr finden, welche keinen Herrn haben, ſo bemächtigen wir uns derſelben, und eignen ſie uns zu. Wenn aber ſolche Sachen pro rebus nullius ſollen gehalten werden, ſo wird erfordert, daß dieſelben ein anderer in der Abſicht muß weggeworfen haben, daß er dieſelben nicht

nicht mehr haben will, dieſes aber wird niemals vermuthet, denn es kan geſchehen, daß einer, der Gefahr läuft, Schifbruch zu leiden, viele Sachen in das Meer werfen läßt, oder ein Menſch, der ſich betruncken hat, wirft alle ſein Geld auf die Straſſe: ſo geſchiehet dieſes nicht in der Abſicht, daß er dieſe Sachen nicht länger haben will, und daher können dieſelben auch nicht pro rebus nullius gehalten werden. Von denjenigen Sachen aber, welche ihrer Natur und Eigenſchaft nach res nullius ſeyn, als z. E. Steine, Edelſteine, Muſcheln, und was ſonſt das Meer auswirft, heißt es, cedunt occupanti, iedoch iſt dieſes in Europa an den meiſten Orten geändert worden, da man die adeſpota dem fiſco vindiciret, welches man in gewiſſer Maaſſe ſchon bei den Römern gethan, weswegen IVVENALIS *Sat. IV. v.* 54. ſaget: *Res fiſci eſt ubicunque natat.* Ehemals ſuchten die Einwohner in Preuſſen den Bernſtein, welchen die See alda auswirft, zuſammen, wie PLINIVS *in Hiſt. Nat. lib. XXXVII.* c. 2. und TACITVS *de Mor. Germ.* c. 45. erzehlen, welches aber ietzo geändert iſt, indem der Bernſtein dem Landesherrn zugehöret. *Ius Poruſſicum lib. III. Tit. I. art.* 3.

§. 351. Hier wird gefragt, wem ein Schatz zugehöre? Damit wir dieſe Frage recht verſtehen, ſo iſt zu mercken, α) was ein Schatz ſey? β) wem derſelbe zugehöre? Was ein Schatz ſey, erhellet aus der definition, welche folgende iſt: Theſaurus eſt vetus depoſitio pecuniæ, cuius memoria non extat. L. 31. §. 1. D. *de adquir. rer. dom.* L. *un. Cod. de Theſauris.* Wenn ich alſo vergraben Geld finde, und daſſelbe iſt von einem gantz neuen Gepräge: ſo iſt daſſelbe kein Schatz. Ich kan mir auch dasjenige Geld nicht zueignen, welches ich in einem Hauſe finde, wenn ich weiß, von wem daſſelbe hingeleget worden iſt: denn daſſelbe muß ich ſeinem wahren Herrn wieder geben, oder wenn derſelbe ſchon aus der Welt Abſchied genommen hat, muß ich es deſſen Erben wieder reſtituiren, und wenn ich ſolches nicht thue, können ſie es vindiciren. L. 6. 7. D. *de rei vindic.* Wenn nun aber gefraget wird, wem ein gefundener Schatz zugehöre? ſo dienet zur Antwort, daß die Rechtsgelehrten davon gantz unterſchiedene Meinungen hegen. Die Urſache iſt, weil einige die Findung eines Schatzes für eine ſpeciem occupationis, andere aber für eine ſpeciem acceſſionis hielten. Diejenigen, welche der erſten Meinung zugethan ſind, ſprechen dem Erfinder den Schatz zu, weil ſie ſagten, thesaurus eſt res nullius, iam vero res nullius cedunt occupanti. (§. 233. I.) Welche aber die letzte Meinung vertheidigten, die glaubeten, daß der Schatz dem Herrn des Ortes, worin er gefunden worden, zugehöre. Denn ſie ſagten, cuius eſt principale, eius etiam eſt acceſſorium. Da nun der fundus das principale, ſo gehöre auch der Schatz dazu, als das acceſſorium, und müſſe dahero dem Herrn zuſtehen. (§. 354.) Die Keiſer haben

ben endlich dieſe Zweifels-Knoten aufgelöſet, und ſonderlich hat dieſes der Keiſer *Hadrianus* gethan. §. 39. *Inſt. h. t.* wie AELIVS SPARTIANVS *in vita Hadriani* c. 18. umſtändlich erzehlet: *De theſauris ita cavit, ut ſi quis in ſuo reperiſſet, ipſe potiretur; ſi quis in alieno, dimidium domino daret: ſi quis in publico, cum fiſco æqualiter potiretur.* Siehe CVIACIVM *lib. IX. Obſerv.* c 37. und IACOBVM GOTHOFREDVM *in Comment. ad* L. 1. *Cod. Theodoſ. de Theſauris. T. III.* p. 485. Und wenn wir die Sache nach den natürlichen Rechten anſehen: ſo iſt gewiß nichts billiger, als daß der inventor, welchen der fundus zugehöret, den Schatz bekömmt, weil er denſelben, als eine Wohlthat GOttes, und als eine acceſſionem fundi anzuſehen hat, überdem auch kein Fremder das Recht hat, in eines andern fundo zu graben, daneben auch zu vermuthen iſt, daß deſſen Vorfahren dieſen Schatz etwa in Krieges-Zeiten vergraben haben. Und dieſes hat bei den Jüden, Syrern, Griechen und alten Römern gegolten, wie aus MATTHÆO XIII, 44. PLAVTO *Trin. Act. I. Scen.* 2. *v.* 141. PHILOSTRATO *vita Apollon. lib. II.* c. 39. *in Vit. Sophiſt. lib. II.* c. 2. LIBANIO *Declam. XI.* L. 67. D. *de rei vindic.* zu erſehen iſt. Damit wir nun aber auch auf die concluſiones ſpeciales de theſauris kommen mögen, ſo iſt zu mercken, 1) daß wenn ein Schatz durch Zauberkünſte gefunden worden, ſo nimt denſelben der fiſcus hinweg, und dieſes zur Strafe wegen ſolcher böſen Künſte. L. *un. Cod. de theſauris.* Denn es heiſſet, ſcelere quæſita ſibi vindicat fiſcus. 2) Wenn ein Schatz in eines andern Grund und Boden geſuchet und gefunden worden: ſo gehöret derſelbe gantz dem Herrn zu. L. 63. D. *de adquir. rer. dom.* Denn es niemanden erlaubet, daß er in meinem fundo Schätze ſuchen kan: und wenn einer dergleichen ſich unterſtehet, der iſt ein Dieb, und kan nicht Herr werden von dem Schatz, welcher für eine geſtohlene Sache gehalten wird. 3) Wer einen Schatz auf ſeinem Grund und Boden findet, derſelbe wird Herr davon. §. 39. *Inſt. h. t.* Den einen Theil bekömmt er aus dem Grunde, weil er den Schatz gefunden, und den andern Theil behält er als dominus. 4) Iſt aber in loco alieno caſu fortuito ein Schatz gefunden worden: ſo gehöret die eine Hälfte dem Erfinder, die andere dem Herrn des Ortes §. 39. *Inſt. h. t.* Aber hierbei iſt eine groſſe Streitigkeit, ob nemlich eben dieſe Rechte gelten müſſen, wenn ich einen Kerl gedinget habe, daß er in meinem Hauſe einen Keller graben ſoll, und derſelbe einen Schatz findet? Wir haben einige Exempel, woraus das Gegentheil erhellet, welche ſich auf dieſen Grund gründen, daß gedingete Perſonen nicht deswegen gemiethet werden, daß ſie ſich etwas erwerben, ſondern daß vielmehr ſolches uns geſchehe. Und auf ſolche Art haben dieſe Frage erörtert ANGELVS *ad* §. 39. *Inſt. h. t.* PETRVS GREGORIVS THOLOSANVS *in Syntagm. iur. univerſ. lib. III.* c. XI. n. 5. Allein wir ſind hierin einer andern Mei-

Meinung, und sagen, daß ein solcher mercenarius zum wenigsten nicht dazu gedungen worden, daß er Schätze graben soll. L. 63. §. 3. 4. D. *de div. rer.* L. 67. D. *de rei vindic.* Und diese letzte Meinung hat der Herr BYNKERSHOEK *lib. II. Observ.* c. 4. p. 13. mit guten Gründen befestiget.

§. 352. In diesem §pho wird ausgeführet, daß man diejenigen Sachen per inventionem nicht adquiriren kan, welche pro derelictis nicht können gehalten werden. Denn wenn einer seine Sache nicht mehr haben will, so muß er dieselben von sich gethan haben, in der Meinung, daß er sein Eigenthum daran will fahren lassen. Dahero schlieſſen wir daraus: occupanti non cedere res amissos, veluti de rheda curente, cadentes. Denn da kan man daraus sehen, daß die Leute, welchen diese Sachen zugehören, dieselben ungern verlieren, also, daß kein animus derelinquendi vorhanden ist, doch werden dergleichen verlorne Sachen öfters nicht ohne grosse Belohnung wieder erlanget werden, wenn z. E. einer dieselben in die Zeitungen setzen lassen, und darin demjenigen, der sie wieder schaffen wird, ein Gratial versprochen hat. Alsdenn ist derjenige auch schuldig sein Versprechen zu halten, das Versprochene zu geben, und die Belohnung herauszugeben. Wir ersehen ferner aus unserm gegebenen principio, ab alio vindicari non posse oves aliaque pecora nobis a lupis erepta L. 8. §. *ult.* D. *Fam. Erciſc.* Ferner ersehen wir auch daraus, daß die bona naufragorum, oder die Sachen, welche das Schif zu erleichtern ausgeworfen worden, von andern nicht können occupirt werden. Der Keiser Friedrich II. hat dieses Recht in Teutschland aufgehoben. Denn die Teutschen, wie SCHOTTEL von einigen alten Teutschen Rechten, und HERTIVS in dissert. *de superioritate territoriali* lehren, haben zu allen Zeiten die Güter derjenigen, welche Schifbruch gelitten haben, und an ihre Ufer angetrieben worden sind, sich zugeeignet. Ja, es ist auch nach den Zeiten des Keisers Friedrichs II. diese Gewohnheit, welche er in *Auth. Navigia, Cod. de furtis* verboten, bei einigen Völckern geblieben, welches man aus der Klage sehen kan, welche ERASMVS ROTERODAMVS *de instit. princ. crist.* p. 178. führet: *At hodie quibusdam in locis: quidquid quocunque modo perit in mari. id veluti suum occupat præfectus, ipso mari immitior: nam quid tempestas reliquum fecit miseris, id illi, veluti altera tempestas, eripit.* Woraus man denn gar leicht erkennen kan, warum der Keiser Carl V. für nöthig gefunden, diese Satzung in der Peinlichen Halsgerichts-Ordnung von neuen zu bestättigen. Aber dieses Recht ist heut zu Tage in Schweden und Dännemarck noch üblich, da die bona naufragorum pro derelictis gehalten werden, wenn man sie binnen Jahr und Tag nicht wieder fordert, wie dieses aus der Schweden und Dänen Gesätzen von LOCCENIO *de iure maritimo lib. I.* c. VII. §. 10. gezeiget wird. Auf der Insel Bornholm, welche

in der Oſt-See lieget, gehören die durch Schifbruch verlorne Sachen den Einwohnern zu, welche auch in den Kirchen GOtt zu bitten pflegen, daß er das Strand-Recht ſegnen wolle. Wenn man nun ihnen zu erkennen giebet, daß ſie auf ſolche Art den Schaden anderer Leute verlangen: ſo geben ſie zur Antwort, daß vorerwehnte Bitte gar nicht dieſen Verſtand habe, ſondern vielmehr dahin gehe, daß, wenn ja Leute im Schifbruch unglücklich wären, GOtt ihnen die Güter zukommen laſſen ſolte, weil ſie arme Leute wären.

§. 353. Wir haben in dieſem ſpho nach unſerer Art und Weiſe etwas beigebracht von dem heutigen Gebrauch dieſer Lehren, worin wir aber gantz kurtz verfahren haben. An den meiſten Orten gehören heut zu Tage die Sachen, welche ehemals pro rebus nullius gehalten wurden, und von einem ieden occupirt werden konten, dem Landesherrn zu. Dahero ſchreibet GROTIVS *de iure belli & pacis lib. II. c. 7. §. 5. Germaniæ populi quum principibus ac regibus bona quædam eſſent adſignanda, unde dignitatem ſuam ſuſtinerent: ſapienter exiſtimarunt, ab illis rebus incipiendum, quæ ſine damno cuiusquam tribui poſſint, cuiusmodi ſunt res omnes, quæ in dominium nullius pervenerunt.* Dahero heut zu Tage es von dieſen Sachen nicht mehr heiſſet, cedunt occupanti, ſondern ſolche vindicirt ſich der Landesherr. Wer alſo heut zu Tage jagen, Vögel fangen, und fiſchen will, wo er dazu keine Erlaubniß hat, wird geſtrafet. Man darf ſich auch hierin nicht an den Sachſen-Spiegel kehren, in welchen dafür gehalten wird, daß dieſe Sachen iedermann gemein ſeyn. Epkan von Repkau *lib. II art. 6.* giebt davon folgende Urſache an: Da GOtt den Menſchen ſchuf, gab er ihn Gewalt über Fiſch, Vögel, wilde Thiere. Darum haben wir das ein Urkund von GOtt, daß niemand ſein Leben verwircken könne an dieſen Dingen. Allein der Sachſen-Spiegler hat geträumet. Denn wenn wir auf dieſe Art raiſonniren wolten: ſo würde es auch nicht erlaubet ſeyn, einen Dieb, wenn er viel geſtohlen, zu hencken, weil ja im Anfang kein Eigenthum, und alle Dinge gemein geweſen. Beſiehe des Hrn. Canzlers von LVDEWIG, diſſ. *de furtis ferarum*, den Wild Deuben. Conf. SEIDENSTICKERI diſſ. *de furibus ferarum.* Ferner gehören auch dem Landesfürſten die Sachen, welche aus dem Meere ausgefiſchet werden, und die Beute, welche deſſen Soldaten in Krieges-Zeiten machen, wovon wir das erſtere ſchon oben erläutert haben mit dem Bernſtein, welcher in Preuſſen geſammlet wird. Von den bonis naufragorum und dem Strand-Recht iſt oben (§. 352.) gleichfals gehandelt worden.

§. 354. Wir bekommen in dieſem ſpho den zweiten modum adquirendi originarium, welcher geſchiehet ſecundum quid, i. e. occaſionis. (341.) Es iſt aber die definition von der acceſſion folgende: Eſt ius adquirendi, quod rei noſtræ adiungitur, incrementum. Dieſelbe wird eingetheilet in naturalem,

lem, induſtrialem und mixtam. Hier iſt folgende Regel zu mercken: cuius eſt principale, eius etiam eſt acceſſorium. Z. E. Wem ein fruchtbarer Baum zugehöret, der hat auch die Früchte zu genieſſen; wer die Kuh hat, dem gehöret das Kalb: und wem die Bienen-Stöcke gehören, dem gehöret auch das Honig. Naturalis acceſſio iſt, quæ a ſola natura eiusque beneficio rei noſtræ accedit, z. E. das Kalb von der Kuh. Induſtrialis acceſſio wird genennet, quæ arte atque induſtria rei noſtræ accedit, z. E. wenn ich worauf etwas mahle. Mixta heiſſet endlich, ubi & naturæ beneficium, & induſtria noſtra concurrunt, z. E. ein beſäeter Acker, ein Baum-Garten ꝛc. ꝛc.

§. 355. Die naturalis acceſſio hat gar viele ſpecies: α) Foetura, β) Inſula, γ) alluvio, δ) vis fluminis, ε) alvei mutatio. Hier wird gefraget: quid eſt foetura? Wir antworten darauf: Eſt acceſſio per generationem ſubſtantiæ animatæ; weil aber bei der Erzeugung zwei Subſtantzen concurriren, oder zwei Geſchlechter, ſo entſtehet eine neue Frage: zu welchen Geſchlecht der partus gehöre? Alle Naturkündiger kommen darin überein, daß die materia ſeu ſubſtantia animalis nicht dem Vater, ſondern der Mutter gehöre, welches auch die alten Stoiſchen Weltweiſen erkannt haben, qui foetum, in utero materno clauſum, non pro animali, ſed pro parte viſcerum maternorum habebant. L. 2. D. *de mort. inf.* L. 3. § 1. D. *de ventr. inſpic.* L. 39. D. *de pœn.* SENECA *ep. ult.* PLVTARCHVS *de Placitis Philoſophorum. lib. V.* c. 15. 16. EMVNDVS MERILLIVS *lib. I. Obſerv.* c. 16.

§. 356. Aus obigen flieſſet das axioma: quicquid ex ventre in dominio noſtro conſtituto naſcitur, noſtrum eſt. L. 4. L. 6. D. *de diviſ. rer.* Wir ſagen ex ventre in dominio noſtro conſtituto: denn bei freien Leuten verhält es ſich gantz anders. Dieſe ſtehen entweder in iuſto matrimonio, oder erzeugen auſſer denſelben Kinder. Im erſten Fall heiſſet es: partus ſequitur conditionem patris, und daher erlanget ein ſolches Kind den Adel, und die iura ingenuitatis des Vaters ꝛc. Iſt aber das letztere, partus ſequitur conditionem ventris ſeu matris, L. 24. D. *de ſtatu hom.* welches Geſätz vornemlich hieher gehöret. Daraus entſtehet die Regel: partus ſequitur ventrem Daraus flieſſen, gleichſam als aus einer Qvelle, folgende Schlüſſe: Quicquid ex animalibus naſcitur, eſt domini ventris. §. 19. *Inſt. h. t.* Daher gehöret das Kalb demjenigen zu, welchen die Kuh gehöret, nicht aber dem Herrn des Ochſen, welcher die Kuh beſprungen hat. Aber wie, iſt ein ſolcher nicht ſchuldig, etwas dafür zu geben? Wir antworten: allerdings muß ein ſolcher das ſogenannte Spring-Geld bezahlen, L. 52 §. 20. D. *de furt.* welches Geſätz CVIACIVS *lib. XIII. Obſerv.* c. 6. aus HOMERO, und PERRENONIVS *lib. II. animadverſ* c. 27. aus VARRONE erläutern. Ferner flieſſet daraus: liberi ex ancillis noſtris nati, noſtri ſunt. §. *ult. Inſt. de iure perſ.*

L. 7.

L. 7. *Cod. de rei vindic.* Nam ſervi erant res; quæ autem res rei noſtræ naturæ beneficio accedit, illa noſtra eſt: (§. 354.) ergo & vernæ ex ancilla noſtra nati, noſtri erunt. Es ſtehet auch der L. 3. D. *de pecul. leg.* und der L. 63. D. *de Legat. I.* dieſen gar nicht entgegen, weil dieſelben nicht von dem partu, welcher noch ſoll geboren werden, reden, ſondern von demjenigen, welcher ſchon längſt geboren worden iſt.

§. 357. Die andere ſpecies acceſſionis naturalis iſt inſula in flumine nata (§. 355.). Eine Inſel entſtehet entweder in dem Fluſſe oder in dem Meere, oder der Fluß machet aus meinem Lande eine Inſel. Wenn in einem Fluſſe eine Inſel entſtehet, ſo betrachten die Römiſchen Rechtsgelehrten dieſelbe als ein acceſſorium agrorum, oder der Ländereien, welche an dem Ufer des Fluſſes liegen. Und dieſes hat ſeine guten Urſachen, weil eine ſolche Inſel von den Ländereien durch die Gewalt des Fluſſes weggenommen und dahin geſetzet worden. Wenn dahero α) mitten in dem Fluſſe eine ſolche Inſel entſtehet: ſo theilen dieſelbe diejenigen unter ſich, welchen die Ländereien, welche an beiden Seiten des Fluſſes gelegen ſind, haben. Hierbei aber iſt wohl zu mercken, daß dieſe Theilung geſchehen muß pro modo & quantitate agrorum, und dahero kan es geſchehen, daß einige öfters gröſſere Antheile als die andern überkommen. β) Wenn aber dergleichen Inſel einem von beiden Ufern näher als dem andern lieget: ſo gehöret ſie demjenigen zu, welche an dieſem Ufer die Ländereien beſitzen, und da bekömmt wiederum ein ieder pro modo & quantitate ſoli einen kleinen oder groſſen Theil. L. 7. §. 3. L. 29. D. *de adquir. rer. dom.* γ) Wenn aber eine Inſel in dem Meere entſtehet, welches doch gar ſelten zu geſchehen pfleget, weil die Wellen ſo erſchröcklich ſtarck ſeyn, daß ſich faſt nichts anlegen kan: PLINIVS *lib. II. Hiſt. Nat.* c. 85. ſo findet alsdenn die Regel ſtatt: acceſſorium ſequitur ſuum principale. (§. 354.) Nun aber iſt das Meer nach den Grundſätzen der Römiſchen Rechte eine res communis, und alſo nullius, daher denn auch die Inſel, welche in demſelben entſtehet, nothwendig auch eine res nullius ſeyn muß, quæ cedit occupanti. (§. 343. I.) L. 7. §. 3. D. *h. t.* δ) Wenn aber aus meinem Acker der Fluß eine Inſel machet, d. i. wenn derſelbe ausreiſſet, und ſeinen Lauf über meine Aecker alſo einrichtet, daß aus denſelben eine Inſel formiret wird: ſo werden meine Aecker keine acceſſion des Fluſſes, ſondern weil eben die ehemalige Subſtantz bleibet, ſo muß auch derjenige davon Herr verbleiben, welcher ſolches ehemals geweſen iſt. L. 7. §. 4. L. 30. §. 2. D. *h. t.*

§. 358. Die dritte und vierte ſpecies acceſſionis naturalis ſind alluvio und vis fluminis. Alluvio heiſſet incrementum beneficio fluminis & pedetentim & latenter adiectum. §. 20. *Inſt. h. t.* Vis fluminis aber wird genen-

nennet, incrementum ſemel & ſimul adiectum. §. 21. *Inſt. h. t.* Im erſten Fall, wenn meiner Länderei durch den Fluß etwas Land zugeſetzet wird, ſo kan niemand wiſſen, weſſen Länderei daſſelbe abgenommen, und meiner angefüget worden. ENNODIVS *opuſc. III. in vita Epiphanii* ſchreibet davon gar ſchön: *Terrenum marginem guloſis Padani gurgitis morſus arrodit, & flexuoſe ſerpens fluvius largitur in compendio alterius, quod furatur ab altero, ſimulque fit lucrum finitimi aliena calamitas.* Alſo kan derjenige, welchen von dem Fluſſe zu ſeiner Länderei etwas zugeſetzet worden, daſſelbe behalten, als ein acceſſorium agri, und es kan von niemanden vindicirt werden. §. 20. *Inſt. h. t.* L. 6. L. 7. §. 1. D. *de adquir. rer. dom.* L. 6. D. *de rei vindic.* AGGENVS VRBICVS *de lim. agr.* p. 57. ſchreibet davon: *Caſſius Longinus, vir prudentiſſimus, iuris auctor, ſtatuit, ut quicquid aqua lambendo abſtulerit, id poſſeſſor amittat: quoniam ſcilicet ripam ſuam ſine alterius damno tueri debet.* Im Gegentheil, wenn der Fluß einen Theil der Länderei auf einmal und zugleich hinwegnimmt, und denſelben zu eines andern prædio hinzuſetzet: ſo weiß der erſte Herr, daß dieſes Stück Landes ſeine geweſen, und daher kan er daſſelbe vindiciren, und der andere kan nicht davon Herr werden, als durch die Verjährung, wenn nemlich der erſte Herr dieſen Landes Theil nicht wieder verlanget, und unterdeſſen meine Bäume in dieſes Land Wurtzel ſchlagen L. 57. D. *de adquir. rer. dom.* §. 21. *Inſt. h. t.* Der kurtz vorher angeführte AGGENVS VRBICVS *l. c.* fähret davon alſo fort zu reden: *Si vero maiore vi decurrens aqua alveum mutaſſet, ſuum quisque modum agneſceret; quia non poſſeſſoris negligentia, ſed tempeſtatis violentia abreptum adparet.* Merckwürdige Exempel, da groſſe Stücken Landes abgetrieben, und an andere Ländereien zugeſetzet worden, erzehlen PLINIVS *lib. XVI. Hiſt. Nat.* c. 1. NANNIVS *lib. X. Miſcell.* c. 2. CAMBDENVS *in Annal. Eliſabeth.* a. 1571. 1583. HVBER *lib. IV. Digreſſ.* c. 22. und FELTMANN *de acceſſionibus memorabilibus vi aquarum vel terræ motu factis.* Die erſte Entſcheidung, welche wir de alluvione gegeben haben, findet ſtatt bei den agris arciſiniis, nicht bei den limitatis: denn was dieſen allmälich zuwächſet, das gehöret der Republik. L. 16. D. *de adquir. rer. dom.* L. 1. §. 6. D. *de flum.* Hier möchte iemand fragen, was iſt ager arciſinius, was limitatus? Die alten Römer theilten die Ländereien ein in agros arciſinios, limitatos & adſignatos. Agri arciſinii hieſſen, welche keine andern, als natürliche Grentzen hatten, z. E. Berge, Flüſſe ꝛc. Limitati wurden genennet, quia per certam menſuram poſſidebantur: und adſignati, qui per extremitatem menſuræ comprehenduntur. Von dieſem Unterſchiede handeln die alten ſcriptores, welche *de re agraria* geſchrieben haben, als AGGENVS VRBICVS, IVLIVS FRONTINVS und SICVLVS FLACCVS; weil dieſelben aber ſich ziemlich dunckel ausgedrücket haben, daß auch nicht einmal der groſſe

GROTIVS *de iure belli & pacis lib. II.* c. 3. §. 16. dieſelben recht verſtanden hat: ſo hat dieſe Sachen IO. FRIED. GRONOVIVS in ein helleres Licht geſetzet in *Not. ad* GROTIVM *de iure bell. & pac. c. l.*

§. 359. Die letzte ſpecies acceſſionis naturalis iſt alvei mutatio, §. 28. *Inſt. h. t.* quæ fit, quando flumen novum iter ſuſcipit, & priorem alveum ſiccum doſtituit. Wenn dieſes geſchichet, ſo entſtehet die Frage, welcher den alveum derelictum überkommen müſſe? Die Rechtsgelehrten betrachten dieſen alveum derelictum als ein acceſſorium der daran liegenden Ländereien, und daher müſſen die Beſitzer derſelben dieſen alveum derelictum pro modo & quantitate agrorum theilen. L. 7. § 5. D. *de adquir. rer. dom.* Ehemals gehörte bei den Römern der alveus derelictus dem Volcke zu, wie AGGENVS VRBICVS *c. l.* p. 69. bezeuget. Nachhero aber hat man ein anders eingeführet, und den alveum derelictum den Beſitzern der benachbarten Ländereien zugetheilet, weil ſich das Volck der alveorum derelictorum nicht mehr bediente, L. 30. §. 1. D. *h. t.* WILHELM GOËSIVS *in not. ad Script. rei Agrar.* p. 152. Ein anders aber iſt zu ſagen, wenn der Fluß meine Aecker auf einige Zeit überſchwemmet, weil bei dieſer Ueberſchwemmung die ſpecies fundi nicht geändert, noch der Herr deſſelben mutirt wird, und wenn dahero das Waſſer ſich wieder verlieret, ſo gehöret die Länderei mir nachhero wieder zu, wie ſie mir vorher zugeſtanden hat. L. 7. § 6. D. *de adquir. rer dom.* Anders aber verhält es ſich, wenn die Ueberſchwemmung beſtändig fortwähret, und nach Verflieſſung einer langen Zeit von der Obrigkeit Dämme angeleget werden, alsdenn höret das Recht auf propter derelictionem prioris domini. (§. 342.)

§. 360. Hier wird gefragt: ob denn alles dasjenige, was wir bishero vorgetragen haben, heut zu Tage noch einigen Gebrauch habe? An vielen Orten muß dieſes verneinet werden. Denn 1) die Inſeln, welche in einem Meere oder in dem groſſen Welt-Meere entſtehen, über welches niemand ein imperium ſich anmaſſet, ſind in keines dominio, und fallen demjenigen zu, welcher ſich derſelben zuerſt bemächtiget; ſind ſie aber in einem Meere entſtanden, über welches eine Nation eine Herrſchaft ſich zueignet: ſo heißt es hier, acceſſorium ſequitur ſuum principale. 2) Die Inſeln welche in einem Fluſſe entſtehen, können nicht von den privatis, welche an beiden Ufern des Fluſſes Ländereien haben, in Beſitz genommen werden, ſondern dieſelben gehören dem Landesherrn zu, und auf dieſe Weiſe hat der Keiſer, Adolph von Naſſau, die Sache A. 1263. auf den Reichstage in Nürnberg entſchieden, welche Conſtitution MARQVARDVS FREHERVS mit einem herrlichen *Commentario* erläutert hat. SCHILTER *in Praxi iur. Rom. in for. Germ. exerc. IV.* §. 19. HERTIVS *de ſuperioritate territoriali.* §. 47. Wir finden aber, daß in den ältern Zeiten eben

die-

dieſes Recht gegolten hat, welches man an den Namen der bekannten Rheininſel Keiſerswerth, erkennen kan, welcher ſich der Ertzbiſchof von Cöln anmaſſete, dahingegen der Keiſer ſich dieſelbe zueignete, von welcher Geſchichte der Jeſuit BOLLANDVS *ad vitam S. Suiberti in Act. Sanctor. Antwerp.* umſtändlich handelt. Einige Rechts-Ausleger haben doch hierin das Gegentheil vertheidiget, wozu ſie von dem Sachſen-Spiegel *lib. II. art 56.* bewogen worden, alwo es alſo heiſſet: welcher Werder ſich erhebet binnen einen Fluß, welchem Geſtade er näher iſt, zu dem gehöret der Werder. Iſt er aber zu mittler Maaß des Waſſers, ſo gehöret er beiden Geſtaden. Herr SCHILTER *c. l.* hält dafür, daß hier der Rechts-Spiegler nach den Römiſchen Grundſätzen rede, und dieſe ſeine Sachen aus dem §. 22. *Inſt. h. t.* genommen habe. Allein dem iſt nicht alſo, ſondern dieſe Stelle redet von einer Inſel, die in einem Fluſſe entſtanden iſt, welcher zwei Landes-Herrſchaften durchflieſſet, wie dieſes der Hr. Geh. Rath THOMASIVS *in not. ad Inſtit* wohl eingeſehen hat. Die alluviones bekamen nach den Römiſchen Rechten nicht einmal die Herren der Ländereien, wenn die agri limitati waren. Da nun bei uns in Teutſchland die meiſten Ländereien ſolche agri limitati geweſen ſind: ſo folget auch daraus, daß die alluviones den privatis ſehr ſelten überlaſſen worden. Der Sachſen-Spiegel *lib. II. art. 56* hat uns davon nichts aufgezeichnet, und mercket nur an: was das Waſſer abnimmt dem Lande, das hat der verlohren, des das Land iſt. Wenn aber auch dieſes incrementum einiger maſſen wichtig geweſen: ſo hat ſich der Landesherr daſſelbe zugeeignet, wie dieſes SCHILTER *c. l.* und THOMASIVS *in not ad Inſt.* p. 130. ziemlich wahrſcheinlich muthmaſſen. Aber dieſes kan von der vi fluminis nicht geſaget werden, weil ein ſolcher abgeriſſener Theil des Landes nicht kan unter die ἀδέσποτα gezehlet werden. Was den alveum derelictum anbelanget, ſo haben die Teutſchen ſelbigen demjenigen zugeeignet, welchen ſonſt der Fluß gehöret, ſolches zeiget der Sachſen-Spiegel *c. l.* ausdrücklich an; daſſelbe thut auch der Strom, oder der Uebergang, wenn er wieder vertrocknet; wiewol der Hr. Geh. Rath THOMASIVS in *not. ad Inſtit.* p. 133. vorgiebet, daß dieſes ſo zu verſtehen ſey, daß der alveus derelictus dem Territorial-Herrn, oder, wenn der Fluß zwei Länder durchflieſſet, beiden Territorial-Herrn zugehöre, wie er denn auch die folgenden Worte: bricht es aber wieder einen neuen Abgang, damit verlenrt er ſeines Landes nicht; weil Land hier keine Ländereі, ſondern eine Landes-Herrſchaft bedeuten ſoll. So viel iſt gewiß, daß heut zu Tage der alveus derelictus dem Landesherrn zugehöret. GRYPHIANDER *de Weichbildis Saxonicis, c. IX. n. 42. ſeqq.* Und da hat man Exempel, daß die Landesherren ihre Vaſallen mit dem alveo derelicto beliehen haben, als wie hier in

Magdeburgiſchen ſind einige Edelleute mit der alten Elbe beliehen worden. STRYK in *Vſu moderno Pandectarum lib. XLI. Tit. I. §. 19.* VINNIVS *ad §. 22. Inſt. h. t. n. 7. & ad §. 23. n. 3.* In Sachſen verhält ſich die Sache anders, alwo man von den allgemeinen Grundſätzen der übrigen Teutſchen abgegangen iſt, und den alveum derelictum den Beſitzern der daran liegenden Ländereien überlaſſen hat, wovon CARPZOV P. III. *Conſt. 31. def. 14.* ZIEGLER *de iur. maieſt. lib. II. c. 15. §. 25.* umſtändlich handeln. Im übrigen mercke ich noch hierbei an, daß wohl kein Fluß in der Welt ſeinen Lauf mehr verändert, als der Po in Italien, von welchen ſchon LVCANVS *lib. VI. Phaſſal. v. 277.* geſungen:

Illos terra fugit dominos, his rura colonis,
Accedunt donante Pado.

§. 361. 362. Bisher iſt von den acceſſionibus naturalibus ausführlich geredet worden, ietzo wollen wir die induſtriales betrachten, deren ſpecies ſind adiunctio, ſpecificatio, commixtio. 1) Adiunctio iſt, quando aliena res materiæ noſtræ adiungitur, ſive id fiat *α*) per incluſionem, z. E. wenn eines andern Edelſtein in meinem Ring geſetzet wird; ſive *β*) per adferruminationem, z. E. wenn an mein Eiſen ein ander Stück angeſchweiſſet wird; *γ*) ſive per intexturam, z. E. wenn einer in mein Tuch mit Gold und Silber ſticket; ſive *δ*) per inædificationem, z. E. wenn ich von meiner Materie in eines andern Grund und Boden baue; ſive *ε*) per ſcripturam, z. E. wenn einer etwas auf eines andern Papier ſchreibet; ſive *ζ*) per picturam, z. E. wenn einer auf meine Tafel etwas mahlet. Von dieſem haben wir nur eine eintzige Regel, nemlich acceſſorium ſequitur ſuum principale. (§. 354.) Daß dieſe Regel bei der acceſſione induſtriali nicht eben allzu billig ſey, ſuchet der Hr. THOMASIVS in diſſ. *de pretio adfectionis in res fungibiles non cadente* zu behaupten. Denn er ſaget: es kan öfters geſchehen, daß das acceſſorium ein pretium adfectionis zuläſſet, welches bei dem principali ſich nicht findet, und daher müſſe man dasjenige pro principali halten, quod admittit pretium adfectionis.

§. 363. Aus dieſer gegebenen Regel folgern wir folgendes: 1) ut res per adferruminationem, in texturam & reliquis modis adiunctæ materiæ noſtræ fiant. Wir haben ein Exempel davon in L. 27. *princ.* D. *de adquir. rer. dom.* L. 19. §. 13. D. *de aur. arg. mund.* §. 26. *Inſt. h. t.* Und hat der Keiſer *Juſtinianus* nur einen eintzigen Fall davon ausgenommen, nemlich das Gemählde. Denn da die Alten dafür hielten, daß das Gemählte dem Herrn der Tafel zugehöre, als ohne welche das Gemählte nicht ſeyn könne. L. 23. §. 3. D. *de rei vindic.* ſo hat derſelbe geſetzet, daß derjenige, welcher auf eines

andern Tafel etwas gemahlet, dieſelbe propter præſtantiam artis pictoriæ überkommen müſſe. §. 34. *Inſt. h. t.* Bei den übrigen allen aber gilt unſere vorhergeſetzte Regel. Die Fälle, worin ſich dieſes ereignen kan, ſind in dem §pho angeführet worden.

§. 364. So folget auch 2) aus unſerer gegebenen Regel, ut, quod rei noſtræ adiunctum, non poſſit vindicari. Denn wo wolte das angehen, daß ich meinen Edelſtein, welcher in *Titii* Ring geſetzet worden, vindiciren könte, da *Titius* an demſelben das Eigenthum erhalten hat. Weil es doch aber ungerecht ſeyn würde, wenn einer mit des andern Schaden ſich bereichern ſolte: ſo ſind gewiſſe Klagen gegeben worden, wodurch einer kan ſchadlos gehalten werden, wenn ſeine Sache eines andern Materie beigefüget worden ſind. Wenn alſo der dominus materiæ in bona fide iſt, ſo habe ich die actionem ad exhibendum. L. 23. §. 5. D. *de rei vindic.* Weil aber die Sache in eadem cauſſa exhibirt werden muß: ſo iſt z. E. der Edelſtein von dem Ringe abzuſondern, iſt er abgeſondert, ſo iſt er nicht mehr ein acceſſorium annuli, und ich kan denſelben alsdenn als Eigenthümer vindiciren. HVBER *in Prælect. ad Inſtit.* §. 38. *h. t.* Wir können uns alſo dieſer Klage bedienen, wenn wir eine Sache in ſpecie wieder haben wollen: denn wenn wir nur den Werth derſelben ſuchen, ſo haben wir condictionem ſine cauſſa. §. 26. *Inſt. h. t.* Letztlich, wenn einer in mala fide geweſen iſt: ſo findet actio furti und condictio furtiva ſtatt. L. *ult.* D. *Vſufr. quemadm. cav.* L. 52. §. 14. D. *de furtis.*

§. 365. So finden ſich 3) bei der ædificatione einige beſondere Dinge, welche hier zu mercken ſind. Denn weil dem gemeinen Weſen viel daran gelegen iſt, daß eine Stadt nicht verunſtaltet werde: ſo war in den LL. XII. *Tabb.* verſehen worden, daß wenn einer mit eines andern Materie auf ſeinen Grund und Boden etwas gebauet hatte, derſelbe die Materie nicht vindiciren konte, damit das erbauete Hauß nicht wieder möchte umgeworfen werden, ſondern es wurde dem domino materiæ die actio de tigno iuncto gegeben. L. 6. D. *ad exhibendum.* L. 7. §. 10. D. *h. t.* L. 1. D. *de tigno iuncto.* Die Worte des Geſätzes der XII. Tafeln hat uns FESTVS aufbehalten, welche alſo lauten: *Tignum iunctum ædibus vineæque concapet ne ſolvito.* Beſiehe die Vorrede, welche der Herr OTTO dem *Tomo III. Theſ. iur. civ.* p. 21. vorgeſetzet hat. Wenn aber einer durch die actionem de tigno iuncto das duplum nicht hat erhalten können: ſo ſtunde ihm frei, daß derſelbe nach abgebrochenen oder umgefallenen Gebäude ſeine Sachen vindiciren, oder actione ad exhibendum klagen konte. §. 29. *Inſt. h. t.* Aber, wie wird es nun gehalten, wenn z. E. einer mit ſeinem Holtz und Steinen etwas auf eines andern Grund und Boden gebauet hat? Man muß bei Beantwortung dieſer Frage folgen-

den Unterſchied wohl beobachten, wenn man nicht anſtoſſen will, von welchen wir in den folgenden (§. 366.) handeln wollen.

§. 366. Der Unterſchied, worauf wir zu ſehen haben, verhält ſich folgender maſſen, wer etwas auf eines andern Grund und Boden von ſeiner Materie gebauet hat, der beſitzet entweder das Gebäude, oder iſt nicht in dem Beſitz deſſelben. Beſitzet er deſſelben, ſo iſt er entweder ein bonæ fidei poſſeſſor oder malæ fidei poſſeſſor. Iſt er ein bonæ fidei poſſeſſor, qui rem iuſto titulo poſſidet, aut, qui putat, ſe iuſto titulo poſſidere: L. 110. D. *de verb. ſignif.* ſo hat er das ius retentionis, d. i. er kan dem Herrn des Grund und Bodens nicht eher das Gebäude einräumen, bis ihn derſelbe deſſen Werth gezahlet hat, und wenn iener klagen will, kan er ſich deſſelben durch die exceptionem doli mali entledigen. Iſt er aber ein malæ fidei poſſeſſor, qui rem tenet ſine titulo, vel cum titulo, quem novit eſſe vitioſum. L. 11. 12. 13. D. *de petit. hered.* ſo bekömmt derſelbe nichts für ſeine Materie, und verlieret daran das Eigenthum in poenam doli, worin derjenige iſt, welcher wiſſentlich und vorſetzlich ex mala fide auf eines andern Grund und Boden etwas bauet. § 30. *Inſt. h. t.* L. 7. §. 12. D. *de adquir. rer. dom.* Wenn aber nun einer, der ein Gebäude von ſeiner Materie auf eines andern Grund und Boden errichtet hat, nicht in Beſitz deſſelben iſt: ſo hatte man nach den Römiſchen Rechten keine Klage, wie dieſes Herr HVBER *in Prælect. ad Inſtit.* §. 40. *h. t.* wol eingeſehen hat. Denn man glaubete, daß wenn einer wiſſentlich auf eines andern Grund und Boden etwas erbauet, derſelbe ſolches in der Meinung gethan habe, daß er dem Grundherrn etwas ſchencken wolle. L. 7. §. 12. D. *de adquir. rer. dom.* L. 53. & 82. D. *de Reg. Iur.* Weil aber dieſes ſehr ungerecht war, und wir doch in unſern Rechten die Regel haben, nemo cum alterius damno fieri debet locupletior: ſo hat der alte Rechtsgelehrte PAVLVS dieſe Strengigkeit gemäßiget, und dafür gehalten, daß es billig ſey, *ut impenſarum ratio in prædone officio iudicis habeatur, ſi dominus ſoli eſt factus locupletior*, L. 38. D. *de petit. hered.* Und IVLIANVS geſtehet demſelben zu, das Gebäude hinweg zu nehmen, wenn ſolches ohne Schaden des Grundherrn geſchehen kan, L. 37. D. *de rei vindic.* Wir halten es bei uns heut zu Tage ebenfalls ſo. Denn bei den alten Teutſchen konte derjenige, welcher auf eines andern Grund und Boden mit ſeiner Materie gebauet hatte, oder derjenige, welcher auf ſeinen Grund und Boden mit eines andern Materie etwas aufgebauet hatte, das Gebäude hinweg nehmen und umreiſſen, wenn nicht in beiden Fällen der dominus ſoli den Werth erſtatten wolte. Denn unſere alte Teutſchen haben nicht ſo ſubtil philoſophiret, wie die Römer. Bei ihnen konten keine Städte verunanſtaltet werden, wenn die Gebäude niedergeriſſen worden, weil ſie keine Städte hatten. In den Flecken konte die Umreiſſung

der

der Gebäude auch niemand beschwerlich fallen, da sie ohnedem keine aneinander gebauete Häuser leiden wolten, wie dieses TACITVS *de Mor. Germ.* c. 16. berichtet. Die Teutschen haben vielmehr darauf gesehen, daß sie einen Unterschied gemachet haben, ob das errichtete Gebäude, welches einer auf eines andern Grund und Boden erbauet, nützlich und nöthig gewesen, oder ob es dem Herrn des Grund und Bodens diesen Dienst nicht geleistet. Im ersten Fall lassen sie nicht zu, daß das Gebäude umgerissen wurde, es wäre denn gewesen, daß der Eigenthümer den Werth nicht geben wollen: im letztern Fall liessen sie zu, das Gebäude wieder abzubrechen. Im Sächsischen Landrecht *lib. II. art.* 53. stehet folgende Verordnung: Was ein Mann bauet auf fremden Gut, das mag er wohl wieder abbrechen, ob er von dannen zeugt, und seine Erben nach seinem Todte mögen es auch thun, ohne das Thor, und ohne den Zaun fornen und hinden, und das Haus, ob er das gebauet hätte. Denn dieses soll der Herr lösen nach der Gebauer Köhr, that er das nicht, dieser mag wohl eines mit dem andern wegfahren. Es konte dieses desto leichter bei den Teutschen geschehen, je seltener dieselben ihre Häuser von lauter Steinen erbaueten, sondern damit zufrieden waren, daß sie ihre Gebäude von Holtz aufrichteten, wie man davon heut zu Tage noch in Polen, und an einigen Orten in Teutschland, wo es waldigt ist, dieses ersehen kan. Diese Art zu bauen ist bei den Teutschen sehr alt, und dieselbe wird beschrieben von IVLIO CÆSARE *lib. V. de Bello Gall.* c. 2. TACITO *de Morib. Germ.* c. 16. und HERODIANO *lib. VII* c. 2.

§. 367. Hier wird geredet davon, wenn einer etwas auf Papier, Pergament u. d. gl. geschrieben, oder auf eine Tafel gemahlet hat. Wenn ein solcher, der dieses gethan hat, in bona fide ist: so hat re actionem in factum. L. 23. §. 5. D. *de rei vindic.* Ist er aber in mala fide gewesen, so findet die actio furti und condictio furtiva oder actio in rem utilis statt. §. 34. *Inst. h. t.* L. 9. § 2. D. *de adquir. rer. dom.* Diese Sachen mögen wohl bei den Römern sehr wenig vorgekommen seyn, dahero auch von diesen Dingen bei uns kein sonderlicher Gebrauch zu machen ist.

§. 368. 369. II.) Die zweite species industrialis accessionis ist die specificatio. (§. 361.) Dieselbe bestehet darin, quando quis ex aliena materia novam speciem facit, z. E. ich mache aus eines andern seinem Golde einen Ring, aus eines andern Silber eine Kindtaufen-Kanne, aus eines andern Tuche ein Kleid. Es ist aber hierbei zu mercken, daß wenn es eine specification heissen soll, nichts darzu kommen dürfe. Z. E. Der Ring, die Kindtaufen-Kanne und das Kleid waren vorhero nicht da, daher wird eine gantz neue Form bei der Materie eingeführet, welche Form, wenn sie schon da ist, keine specificationem ausmacht, z. E. wenn ich aus eines andern seinen

nen Aehren Getreide austreſche: ſo iſt es keine ſpecificatio, weil die Körner des Getreides ſchon vorher in den Aehren enthalten geweſen. Es hat dieſes der berühmte alte Rechtsgelehrte CAIVS, in L. 7. D. *de adquir. rer. dom.* wohl angemercket, obgleich der Keiſer *Iuſtinianus* in §. 25. *Inſt. h. t.* davon abgegangen iſt, und dafür gehalten hat, daß auch dieſes eine ſpecificatio ſey. Hierbei aber entſtund ein groſſer Streit bei den alten Rechtsgelehrten, ob die nova ſpecies dem ſpecificanti zukomme, oder ob dieſelbe dem Herrn der Materie zugehöre? Nemlich es geſchiehet hier eine acceſſio formæ ad materiam, und daher ſtritten die alten Rechtsgelehrten, ob die Materie edler als die Form wäre, oder ob die Form der Materie vorzuziehen? Die ICti Sabiniani oder Caſſiani ſagten, der dominus materiæ müſſe auch die Form bekommen, quia ſine illa nulla ſpecies confici poteſt, & ars ſine materia nihil eſt. L. 61. D. *de rei vindic.* L. 44. §. 2. D. *de Legat. I.* L. 31. D. *de donat. inter vir. & ux.* Hingegen ſahen die Proculejaner mehr auf die Form, als auf die Materie, und ſprachen dem ſpecificanti die novam ſpeciem zu, und zwar aus der Urſache, quod ille cum forma dat rei ſubſtantiam. L. 9. §. 3. D. *ad exhibendum.* L. 7. §. 7. D. *de adquir. rer. dom.* & quia Stoicis placebat, materiam pati, unam vero eſſe cauſſam, id quod facit. SENECA *ep. 65. 88.* EMVNDVS MERILLIVS *lib. I. Obſerv.* c. 21. Weil aber endlich dieſe Sektirerei nach und nach aufhörete, ſo haben die Rechtsgelehrten in den folgenden Zeiten, als CAIVS, VLPIANVS und PAVLLVS, dafür gehalten, man müſſe ſehen, ob die ſpecies wieder in die vorige Materie könne geſetzet werden, oder nicht. Im erſten Fall ſagten ſie, formam vinci potentia materiæ, eiusque vires effugere non poſſe, quia nova ſpecies eius ſit naturæ, ut in ſua initia facile redigatur. L. 78. §. 4. D. *de Legat. III.* Im letzteren Fall aber meineten ſie, ita perimi materiam, ut nec priſtinum nomen recipiat, vel retineat. L. 18. §. *penult.* D. *de pignor. act.* L. 88. D. *de Legat. III.* Und auf eben dieſe Weiſe hat der Keiſer *Iuſtinianus* die Sache entſchieden. Wenn alſo z. E aus meinem Golde ein Ring gemachet worden: ſo muß ich denſelben bekommen, weil ſolcher kan umgeſchmoltzen, und wieder in die vorige Maſſe gebracht werden. Hingegen, wenn z. E. aus meiner Wolle ein Stück Tuch verfertiget worden: ſo gehöret ſolches dem Tuchmacher, weil dieſes Tuch nicht wieder zu der vorigen Wolle kan gemacht werden. Weil doch aber einer auf dieſe Art ſich mit des andern ſeinem Schaden bereichern würde, welches unſere Rechte nicht zugeben: ſo haben ſowol der Herr der Materie, als auch der ſpecificans gewiſſe Klagen, entweder den Werth der Materien zu erſtatten, wenn der ſpecificans die novam ſpeciem behält, oder den Lohn vor die gethane Arbeit zu bekommen, wenn der Herr der Materie die novam ſpeciem adquiriret. L. 23. §. 5. D. *de rei vindic.* Wir haben geſetzet,

ſetzet, daß der ſpecificans, wenn er in mala fide iſt, dem Herrn der Materie den Werth derſelben erſetzen muß: hingegen, wenn er in bona fide geweſen, nur ſchuldig iſt, dasjenige herauszugeben, wodurch er ſich mit eines andern Schaden etwa bereichern würde. Da finden ſich nun einige, welche vorgeben, es könne ein ſpecificans ohnmöglich in mala fide ſeyn. Allein der gelehrte HVGO DONELLVS hat in *Commentariis iuris civilis lib. IV.* c. 12. dieſe ungegründete Meinung gründlich und mit vieler Gelehrſamkeit widerleget, und ſeinen Satz aus dem L. 12. §. 3. D. *ad exhibendum*, ſo ſtattlich erwieſen, daß niemand mit Beſtand etwas dagegen einwenden kan.

§. 370. 371. III.) Die letzte ſpecies acceſſionis induſtrialis iſt die commixtio. (§. 361.) Es werden entweder trockene oder flüßige Sachen mit einander vermiſchet: und da heiſſet es im erſten Fall commixtio ſtricte, im letzten Fall aber wird es confuſio genennet. Wenn trockene Sachen mit einander vermiſchet werden, z. E. Hafer und Gerſte: ſo behalten dieſelben nach der Vermiſchung ihre völlige Subſtantz. Wenn aber flüßige Sachen unter einander gegoſſen werden, z. E. wenn Wein unter Waſſer gegoſſen wird: ſo wird deren Subſtantz dergeſtalt verändert, daß es eine gantz neue zu ſeyn ſcheinet. Wenn nun dieſe commixtio oder confuſio geſchiehet: ſo wird dieſelbe entweder mit beederſeits Bewilligung, oder mit des einen Bewilligung zufälliger Weiſe vollbracht. α) Geſchiehet die commixtio oder confuſio mit beederſeitiger Bewilligung: ſo wird die maſſa gemein, und die beeden Intereſſenten theilen dieſelbe nach der Zahl und Verhältniß, ja nach der Güte der Materie, welche einem ieden zugehöret hat. Z. E. *Titius* hat ein Faß Rhein-Wein, welches viertzig Gulden koſtet, *Mevius* aber hat ein Faß Frantz-Wein, welches zwantzig Gulden gilt. Sie werden mit einander einig, dieſe unterſchiedenen Weine zuſammen zu gieſſen, und ſich hernach darein zu theilen: ſo iſt kein Zweifel, daß *Titius*, welcher den Rhein-Wein gehabt hat, doppelt ſo viel bekommen muß, als *Mevius*, welcher den Frantz-Wein dazu gegoſſen hat. L. 7. § 8. D. *de adquir. rer. dom.* β) Wenn die commixtio nur mit des einigen Bewilligung geſchehen iſt: ſo kan ein ieder ſeine Materie von den gemiſchten Sachen wieder vindiciren, weil alsdenn die Materie ihre Subſtantz nicht verändert. L. 5. *princ.* D. *de rei vindic.* Hingegen iſt es bei der confuſione gantz anders, denn da wird die materia confuſa des confundentis, weil alsdenn die Subſtantz der Materie geändert wird, und der confundens iſt ſchuldig und gehalten, dem andern den Werth der Materie zu zahlen. L. 5. §. 1. D. *eod.* Der Keiſer *Juſtinianus* befeſtiget den erſten angeführten Fall §. 28. *Inſt. h. t.* mit einer lächerlichen Urſache, da er ſaget: *Nec magis iſtis caſibus commune fit frumentum, quam grex intelligitur eſſe communis, ſi pecora Titii tuis pecoribus mixta fuerint.*

Gleichſam, als ob es eben eine ſolche leichte Sache wäre, Gerſte und Haſer von einander zu leſen, als man ſolches bewerckſtelligen kan, mit einer Heerde Schaafe oder Ziegen, wenn dieſelben untereinander laufen. Mittlerweile iſt doch dieſer caſus ſehr ſubtil ausgemachet worden. Der Keiſer *Juſtinianus* hat hierin den alten Rechtsgelehrten IVLIVM PAVLLVM zum Vorgänger gehabt, welcher in L. 23. §. 5. D. *de rei vindic.* einen Unterſchied machet inter cohærentia & diſtantia corpora, und ſaget, *horum ſingulas partes propriam ſuam ſpeciem retinere, quum granum cum grano non coëat, ſed unio minimarum vim particularum inducatur.* γ) Wenn die commixtio oder confuſio caſu fortuito geſchehen iſt: ſo wird die daraus entſtandene Maſſe communis. L. 7. §. 9. D. *de Adquir. rer. dom.* §. 27. *Inſt. h. t.* Hingegen wenn die commixtio caſu geſchehen iſt: ſo vindicirt ein jeder ſeine Materie. §. 28. *Inſt. h. t.* Es iſt dieſes die ungerechteſte Sache von der Welt. Denn wenn z. E. *Titius* zufälliger Weiſe meinen Wein mit ſeinem Oele oder Biere vermiſchet hat: ſo geſchiehet mir gewiß keine Genugthuung, wenn er mir die Hälfte von ſolchen Miſchmaſch geben will. Aber dieſes wollen unſere Rechte ſo haben. STRYK *in Vſu moderno Pandectarum lib. XLI. Tit. I.* §. 27. giebt ſich viele Mühe zu beweiſen, daß dieſe Satzungen der Römiſchen Rechte noch bei uns gelten: allein wir kehren uns nicht an die Römiſchen Subtilitäten, ſondern, wenn etwas vermiſchet worden, ſo überlaſſen wir es demjenigen, der ſolches gethan hat, und fordern den Werth unſerer Sachen.

§. 372. Nun iſt noch übrig die acceſſio mixta: (§. 354.) i. e. quæ partim naturæ beneficio, partim induſtriæ humanæ debetur. Und dahin gehören plantatio, ſatio & fructuum perceptio. Denn von dieſen kommen folgende Fragen vor. α) Wenn ich auf eines andern Acker meinen Weitzen geſäet habe, wer alsdenn die zukünftige Erndte haben müſſe? β) Wenn ein Baum zwiſchen zween Aeckern ſtehet, oder auf eines andern Boden geſetzet iſt, wem alsdenn ſolcher Baum oder die Früchte davon zugehören? γ) Wenn ich bona fide & iuſto titulo eines andern ſeinen fundum beſitze, wem die daraus gehobenen Früchte zugehören? Eine jede Frage ſoll nun insbeſondere erörtert werden.

§. 373. Von der plantatione und ſatione haben wir ein einziges axioma zu mercken. 1) Quidquid ſolo inplantatur, vel inſeritur, ſolo cedit. L. 9. *princ.* D. *de adquir. rer. dom.* §. 32. *Inſt. h. t.* Denn der Grund wird hier angeſehen als das principale: was aber in denſelben gepflantzet oder geſäet wird, das betrachtet man als deſſelben acceſſorium. Nun aber iſt die Regel von dem acceſſorio bekannt; acceſſorium ſequitur ſuum principale. (§. 354.) Daher denn auch die Erndte und der Baum oder die Pflantzen dem Herrn des Grund und Bodens zugehöret. PVFENDORF *de iur. Nat. & gent.*

gent. lib. IV. c. 7. §. 1. meinet zwar, daß nach dem natürlichen Recht derjenigen die Früchte bekommen müsse, welcher eines andern seinen Acker besäet hat, und da setzet er dieses zum Grunde: *quod ex re mea nascitur, meum est.* Allein wir können diesen Satz nicht annehmen, und folgen hierin der Meinung GROTII, welcher *de iure belli & pacis lib. II. cap. VIII.* §. 22. dafür hält, daß alsdenn die Früchte gemein seyn. Das Römische Recht spricht die Früchte in diesem Fall dem Herrn des Grund und Bodens zu L. 25. *princ.* D. *de Usur.* Und dadurch geschiehet auch demjenigen, welcher gesäet oder gepflantzet hat, gar kein Unrecht, welcher wegen seiner Unkosten das ius retentionis hat, wenn er in Besitz ist: oder die Unkosten fordern kan, wenn er bona fide, nec donationis causa den Acker gebauet hat. Siehe des Herrn von COCCEI diss. *de iure feminis.* 2) Von den Bäumen, welche in confinio stehen, haben wir ebenfalls in den Römischen Rechten nur eine Regel: arboris dominium ex radice æstimatur. §. 31. *Inst. h. t.* Nach der natürlichen Billigkeit scheinet es, daß *Titii* Baum, welcher in *Mevii* Grunde Wurtzel geschlagen hat, gemein seyn müsse, weil dem Eigenthümer sein Theil nicht verloren gehet, obgleich der Baum mit einigen Zusätzen vermehret, und aus dem Saft der Erden gewachsen ist. GROTIVS *de iure belli & pacis lib. II.* c. VIII. §. 22. Allein die Rechtsgelehrten philosophirten hierin gar subtil, und sagten, daß alle Bäume und Pflantzen ihre Nahrung, Kraft und Saft durch die Wurtzeln an sich zögen. Aus wessen Boden nun der Baum seine Nahrung empfinge, der müsse auch Eigenthümer davon seyn, und folglich davon alle Früchte bekommen, nach der bekannten Regel: accessorium sequitur suum principale, L. 26. §. 2. D. *h. t.* L. 76. D. *de iudic.* L. 7. D. *fin.* D. *h. t.* alwo CAIVS hinzusetzet, *rationem non permittere, ut alterius arbor intelligatur, quam cuius in fundo radices egisset.* Bei den Römern hatte man ehemals keine Bäume, welche in confinio gesetzet wurden, sondern man muste von der Gräntze die Bäume fünf Fuß weit, nach dem *Lege Mamilia*, absetzen. Daher auch in L. 19. D. *commun. div.* L. *penult.* D. *pro socio* nicht arbores in confinio positæ, sondern natæ vorkommen. Die Streitigkeiten, welche wegen der Wurtzeln entstehen können, unterscheidet FRONTINVS von denjenigen, welche wegen den Aesten herkommen können, wovon er in seinem Buche, *de limit. agror.* p. 43 also schreibet: *Est & controversiæ genus, quod ad solum non pertinet, de arborum fructibus earum, quæ in fine sunt, sive intra, nec ullam ad radicem habent controversiam, quoties inclinatæ in alterutram partem fructum iactaverunt, inter ad fines movent disputationem.* Besiehe davon MAGIVM *lib. IV. Miscell.* c. 7. und ZACHARIAM HVBERVM in dissert. *de Legibus Solonis c. 1. ad* L. *fin.* D. *fin. regund.* Die Teutschen haben nicht so subtil philosophiret, sondern diese haben geglaubet, daß derjenige, welcher bona fide eines andern Acker besäet,

entweder den Werth des Saamens und die gemachten Unkoſten wieder fordern könne, und dem Herrn des Ackers die Erndte überlaſſen müſſe, oder wenn dieſer den Werth nicht geben wolle, iener ſich der Erndte anmaſſen könne, wenn er dem Eigenthümer ein gewiſſes Geld zahlet. Das Eigenthum der Bäume und der Pflantzen wird auch bei den Teutſchen mehr aus dem Stamm und Zweigen, als aus den Wurtzeln geſchätzet; und wenn daher die Zweige der Bäume in eines andern Garten hangen: ſo kan er dieſelben entweder abhauen, oder die Früchte davon ſich zueignen. SCHNEIDEWIN *ad §. 31. Inſt. h. t. n. 5.* CARPZOV. P. II. *Conſt. 32. def. 25.* In dem Sächſiſchen Landrechte *lib. II. art.* 46. findet ſich folgende Satzung, die aber ziemlich dunckel iſt: Wer eines andern Mannes Land unwiſſentlich eeret, oder das ihm ein ander vermiethet hat, wird er darum beſchuldiget, dieweil er es eeret, ſeine Arbeit verleurt er daran, ob es jener darnach mit Recht behält: der es ihm aber vermiethet hat, der ſoll ihm erſtatten ſeinen Schaden. Wer auch alſo ein Land ſäet unter rechtlicher Klagen, der verleuret ſeine Arbeit, und ſeinen Saamen daran. Was er aber ſäet unverbothen, vor der Klage, da behält er auch die Saat an, und giebt ſeinen Zinß darvon jenem, der das Land darnach behält. Hierher gehören auch die Worte *lib. II. art.* 52. Seine Baumzweige ſollen auch über den Zaun nicht gehen noch hangen, ſeinem Nachbarn zum Schaden. Dieſes wird deutlicher ausgedrücket im dem Magdeburgiſchen Weichbilde *art.* 125. alwo ſich folgendes findet: Wo auch ein Baum zwiſchen zweyen Reinen ſtehet, und breitet die Zelgen in eines andern Mannes Hoff, der Herr mag ihn wohl verhauen, ob er will, und hanget Obſt in ſeinen Hoff, das iſt zu Recht ſein. Etwas beſonders iſt es, was das Sächſiſche Landrecht *c. l.* von dem Hopffen verordnet, welches alſo heiſſet: Flicht ſich der Hoppe über den Zaun, wer die Wurtzel in dem Hoffe hat, der greiff über den Zaun, ſo er allernächſt möge, und ziehe den Hoppen. Was ihm folget, das iſt ſein, was aber an der andern Seiten bleibet, das iſt ſeines Nachbarn.

§. 374. In dieſem Spho wollen wir ſehen, was die Römiſchen Rechtsgelehrten aus dieſen beeden axiomatibus vor concluſiones gezogen haben. Selbige waren folgende: 1) frumenta, ſive aliena in meo agro, ſive mea in alieno agro ſata ſint, agri domino cedere deductis impenſis L. 9. *princ.* D. *de adquir. rer. dom.* §. 32. *Inſt. h. t.* Denn daß die Unkoſten abgezogen wurden, welche man auf den Saamen und die Anbauung gewendet hatte, ſolches erforderte die natürliche Billigkeit. Aus dem zweiten axiomate ſchloſſen ſie ferner, 2) arborem, in confinio poſitam, eius eſſe, cuius in fundum radi-

ces

ees egerit. L. 7. §. *ult.* D. *de adquir. rer. dom.* Also wurde erfordert, daß der Baum in des andern seinen Grund und Boden muste Wurtzel geschlagen haben. Wovon die Ursache am Tage lieget. Denn ehe der Baum in unsern Grund und Boden sich bewurtzelt, so kan er gar leicht und ohne allen Schaden von dannen wieder heraus genommen, und an einen andern Ort versetzet werden. Und daher war gar keine Ursache vorhanden, warum ein solcher Baum sogleich dem Herrn des Grund und Bodens zugehören solte, weswegen ihn auch derjenige, so ihn gesetzet hatte, wieder ausziehen, und an einen andern Ort versetzen konte. Im übrigen, wenn der dominus soli den Baum, welcher bei ihm Wurtzel geschlagen, behalten wolte: so war es billig, daß er demjenigen, der solchen gesetzet hatte, den Werth desselben ersetzen muste: wie denn auch alle Unkosten, welche ein solcher darauf gewendet, musten gegeben werden, quia nemo cum alterius damno fieri debet locupletior. Und da hatte ein solcher actionem negotiorum gestorum utilem. 3) Schlossen die Rechtsgelehrten: si in utriusque fundum radices egerit, communem pro diviso haberi, quod ad infixa manet solo: erutam communem pro diviso fieri, §. 31. *Inst. h. t.* L. 7. §. *ult.* D. L. 8. *pr.* §. 1. D. *eod.* L. 19. D. *Commun. divid.* Nun aber kan etwas auf zweierlei Art gemein seyn, entweder daß einer Herr allein ist, obgleich die Früchte getheilet werden, oder es ist etwas gemein pro diviso, ut pars substantiæ ad unum, pars ad alterum pertineat, wenn z. E. zwei Herrn eines Guts dasselbe durch Mauern, Wände und Zäune unterschieden und getheilet haben. Was ist nun vor eine communio bei einen solchen Baume, welcher in confinio gesetzet worden, anzutreffen? Wir antworten darauf, so lange der Baum in Grund und Boden stehet, so ist er gemein pro indiviso. Niemand kan sagen, hier gehören die Zweige des Baums mir zu, oder der Stamm gehöret einem andern, sondern die Benachbarten theilen sich nur in die Früchte. L. 7. §. *ult.* L. 8. D. *de adquir. rer. dom.* aber so bald der Baum von seinem Orte herausgerissen ist, so wird er gleich gemein pro diviso, und daher wird das daraus geschlagene Holtz unter die Benachbarten zu gleichen Theilen getheilet. L. 19. D. *communi dividundo.*

§. 375. Wir haben oben schon gehöret, was die Teutschen von diesen bisher abgehandelten Lehren halten, und daß bei ihnen sehr wenig davon, vornemlich was die Bäume anbetrift, angenommen sey. In den Pandekten stehet ein eigener Titel de glande legenda, nach welchen ich das interdictum de glande legenda gegen denjenigen gebrauchen konte, welcher die Früchte so von meinem Baume in seinen Garten gefallen waren, aufliesen wolte: allein, daß dieses interdictum heut zu Tage nicht mehr könne gebraucht werden, solches hat der Herr Geh. Rath THOMASIVS *in not. ad Pandectas, Tit. de*

glande legenda. Die Urſache iſt darin zu ſuchen, weil bei den Teutſchen, wie wir oben erinnert haben, man nicht ſo wol auf die Wurtzeln des Baumes, ſondern vielmehr auf die Zweige deſſelben ſahe.

§. 376. Was die Einſammlung der Früchte, (fructuum perceptionem) als die dritte ſpeciem acceſſionis mixtæ, betrift: ſo wird gefraget, was erfordert werde, wenn einer die Früchte von eines andern ſeiner Sache ſich zueignen will? Unſere Rechte erfordern dabei 1) bonam fidem, quæ eſt conſcientia bona, vel opinio, qua quis ſibi conſcius eſſe videtur, nec aliter exiſtimat, quam ſe eſſe verum rei dominum. L. 109. D. *de Verb. Signif.* Ja dieſer bona fides wird für ſo nöthig gehalten, daß auch nur ein Zweifel denſelben umwirft. Es muß auch dieſer bona fides beſtändig da ſeyn, obgleich ſonſt bei der uſucapion es genug iſt, wenn der bona fides vom Anfang da geweſen iſt. L. 48. §. 11. D. *de adquir. rer. dom.* Aber bei dem bonæ fidei poſſeſſori, welcher die Früchte lucriren will, wird perpetua bona fides erfordert. L. 23. §. 1. D. *de adquir. rer. dom.* Denn ſobald, als einer in Erfahrung kömmt, daß die Sache, die er in Beſitz hat, nicht ihm zugehöret, derſelbe ſich aber doch deren Früchte zueignet: ſo iſt er nicht mehr ein bonæ fidei poſſeſſor, und kan auch nicht mehr die Früchte genieſſen. Hernach wird 2) iuſtus titulus erfordert, welcher ſo beſchaffen ſeyn muß, daß er ad dominium transferendum habilis iſt, von welchen titulis wir oben (§. 339. *) geredet haben. Denn wenn ich einem ein Mutter-Pferd geliehen hätte, ſo würde es abgeſchmackt herauskommen, wenn er das Füllen ſich zueignen wolte, weil bei ihm bona fides und iuſtus titulus vorhanden wäre. Es iſt wahr, es iſt derſelbe in bona fide, und hat iuſtum titulum, allein dieſer titulus kan kein Eigenthum transferiren, weil wir unſere Sachen nicht deswegen wegleihen, daß der commodatarius derſelben Herr werden ſoll. Letzlich wird 3) poſſeſſio erfordert. Poſſidere wird hier nicht in Grammaticaliſchen, ſondern in rechtlichem Verſtande genommen. In grammaticaliſchen Verſtande heiſſet poſſidere ſo viel, als rem detinere, vel ei inſiſtere, und daher wird in dieſer Bedeutung von dem Pachter geſaget, daß er die gepachtete Sache beſitze. Aber im rechtlichen Verſtande bedeutet poſſidere ſo viel, als rem detinere cum animo ſibi habendi. Und alſo wird erfordert ad poſſeſſionem civilem α) detentio rei corporalis, & β) animus ſeu conſilium rei dominium habendi. Wenn wir nun alſo hier von der poſſeſſione reden, ſo nehmen wir dieſes Wort nicht in einem grammaticaliſchen Verſtande, da es poſſeſſio naturalis heiſſet, ſondern wir nehmen es in einer rechtlichen Bedeutung, da poſſeſſio iuridica darunter verſtanden wird.

§. 377. Wenn nun dieſe drei requiſita beiſammen ſeyn; ſo gilt alsdenn folgende Regel: bonæ fidei poſſeſſor, quamdiu verus dominus non

ſuper-

ſupervenit, pro domino habetur. L. 18. *princ.* D. *de adquir. rer. dom.* Aus dieſer gegebenen Regel flieſſen unterſchiedene concluſiones her; denn weil der bonæ fidei poſſeſſor pro domino gehalten wird; ſo folget daraus: 1) ut fructus percipiendo ſuos faciat. Es werden aber fructus percepti genennet, ſo bald dieſelben abgenommen ſind, z. E. wenn das Getreide eingeerndtet und das Obſt von den Bäumen abgenommen iſt. Denn ehe ſolches nicht geſchehen iſt, kan man auch die fructus nicht als perceptos betrachten, ob dieſelben gleich ſchon ihre Reife haben. Ferner flieſſet 2) daraus, daß bei einem bonæ fidei poſſeſſori nichts daran gelegen iſt, es mögen fructus induſtriales oder naturales ſeyn, denn ſolche bekömmt derjenige, welcher für den wahren Eigenthümer gehalten wird. Hierbei hat man wohl acht zu haben auf den §. 35. *Inſt. h. t.* alwo der Keiſer *Iuſtinianus* ſaget, daß der bonæ fidei poſſeſſor ſich die fructus perceptos zueigne pro cultura & cura. Daraus ſchlieſſet der Hr. HVBER in *Prælect. ad Inſtit. h. t.* daß ein bonæ fidei poſſeſſor nicht die fructus naturales ſich zueignen könne, ſondern nur die induſtriales, weil dieſe allein curam und culturam erfordern. Wir geben dieſes von der cultura zu: aber die fructus naturales wollen doch auch curam haben. Z. E. Das Heu und Oel kömmt hervor ohne eintzige Cultur; wenn aber ein Haus-Vater für deſſelben Einſammlung keine Sorge träget: ſo kan er dabei gar leicht einen Schaden leiden. Und dahero ſagen wir, daß auch ein bonæ fidei poſſeſſor die fructus naturales überkommen müſſe, L. 13. D. *quib. mod. uſusfr. amitt.* obgleich das Heu, wie die Erfahrung lehret, und das Oel, wie PLINIVS *in Hiſt. Nat. lib. XV.* c. 1. berichtet, ohne eintzige Cultur und Wartung hervor kommen. So folget auch 3) daraus, ut malæ fidei poſſeſſor nihil lucretur, & non modo perceptos, ſed & percipiendos fructus reſtituere teneatur. Denn warum ſolte ein ſolcher Menſch von eines andern Sache ſeinen Nutzen befördern können, welche er wider Willen des Eigenthümers in Beſitz hat, und gar wohl weiß, daß die Sache einem andern zugehöret. Hier gilt die Regel: doloſe agentibus non adſiſtunt leges.

§. 378. Endlich haben wir unſerer gegebenen Regel nicht ohne Urſache eine limitation beigeſetzet: bonæ fidei poſſeſſorem quidem pro domino eſſe, ſed quamdiu non ſupervenerit verus dominus. Daraus flieſſet 4) dieſe Concluſion: bonæ fidei poſſeſſor reſtituit fructus extantes. L. 22. *Cod. de rei vindic.* Extare dicuntur fructus, qui nondum percepti & ſeparati ſunt, z. E. die Erndte auf den Feldern, die Früchte auf den Bäumen in Gärten, penſiones, quarum dies nondum venit, ut exigi queant. Nach denen Teutſchen Rechten gehören die Früchte demjenigen zu, welcher eines andern ſeinen Acker gebauet hat. Und es iſt bekannt, was in dem Sächſiſchen Landrechte *lib. II. art.* 58. ſtehet: Des Mannes Saat, die er

mit

mit seinem Pflug wircket, die ist verdienet, als die Egde darüber gehet, und des Gartens, als er gerodet, gesäet und gehacket ist. Man siehet hieraus den Unterschied der Römischen und Teutschen Rechte, da jene §. 35. *Inst. h. t.* dem bonæ fidei possessori die fructus pro cultura & cura zu sprechen: so geben hingegen die Teutschen Rechte die fructus demselben für die Cultur. Die Cultur war bei den Teutschen geschehen, wenn der Acker besäet, und in den Weinbergen, wenn die Rur vorbei war. GLOSSA *Iuris Provinc. Sax. lib. II. art. 58.*

§. 379. 380. Wir haben bishero von den modis adquirendi dominium originariis, als de occupatione & accessione gehandelt; ietzo folget der modus adquirendi dominium derivativus, welcher traditio genennet wird. (§. 341.) Da wir nun ehemals oben erinnert haben, daß modus adquirendi derivativus heisse, wo das Eigenthum von einem auf den andern gebracht wird: so wird nun die definition von der tradition gar leichte seyn, nemlich, traditio est modus adquirendi derivativus, quo dominus, qui ius & animum alienandi habet, rem corporalem ex iusta cauſſa in accipientem transfert. §. 40. 42. *Inst. h. t.* Hierbei ist zu mercken, daß das natürliche Recht die tradition, wenn ein dominium soll transferirt werden, nicht nothwendig erfordere; wie denn auch die Römer dieselbe eingeführt haben, um alle Streitigkeiten abzukürtzen. L. 20. *Cod. de pactis.* Denn es kan auch einer seines Eigenthums sich durch blosse Worte begeben, oder sonst eine äusserliche Handlung verrichten, wodurch sich sein Wille an Tag leget, daß er das Eigenthum auf einem andern bringen will, und davon haben PVFENDORF *lib. IV. Iur. Nat. & Gent.* c. 9. §. 6. und GROTIVS *de iure belli & pacis lib. II.* c. 6. §. 1. c. 8. §. 25. wohl geurtheilet. Und in unseren Rechten §. 40. *Inst. h. t.* L. 9. D. *de adquir. rer. dom.* wird ja ausdrücklich gesaget: *nihil enim tam conveniens est naturali aquitati, quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi.* Daraus schliessen wir denn, daß der Wille des Eigenthümers, wenn er seine Sache auf einem andern bringen will, es mag solches ausdrücklich oder stillschweigend geschehen, an statt der tradition ist, wodurch ein dominium rechtmäßig auf den andern kan gebracht werden. Bei den Römern war ehemals die traditio nur bei den rebus nec mancipi nöthig, z. E. bei den prædiis provincialibus, wie VLPIANVS *Tit. XIX.* §. 7. und SIMPLICIVS *inter rei agrariæ scriptores* p. 76. bezeugen. Denn die res mancipi wurden per æs & libram veräussert, und wenn dieses geschehen war, so wurde das dominium transferirt. VARRO *de Lingua Latina.* Seit der Zeit, da der Keiser *Iustinianus* den Unterschied der rerum mancipi & nec mancipi, und des dominii Quiritarii & bonitarii aufgehoben hat, da ist alsdenn

denn bei den Römern die Gewohnheit entſtanden, das kein dominium ohne tradition konte transferirt werden.

§. 381. Aus unſerer oben gegebenen definition, flieſſen folgende axiomata. 1) Tradi poſſunt res corporales. Denn dieſelben können allein durch eine cörperliche Handlung von dem einen auf den andern gebracht werden. 2) Tradi res debent a domino, ius alienandi habente. Denn da einer eine Sache, die er ſelbſt nicht hat, dem andern nicht übergeben kan, wie will derſelbe das Eigenthum, welches nicht in ſeiner Gewalt iſt, auf einen andern bringen können. Wenn ich alſo von einem, der nicht Herr iſt, eine Sache bona fide bekomme: ſo werde ich zwar bonæ fidei poſſeſſor, aber kein Eigenthümer. Das 3) axioma iſt: non transfertur dominium, niſi traditio fiat animo alienandi. Und das 4) iſt: non adquiritur traditione dominium, niſi præcedat titulus ad transferendum dominium habilis. (§ 339.*)

§. 382. Da wir die axiomata de traditione betrachtet haben: ſo wollen wir ein iedes insbeſondere durchnehmen, und aus denſelben, nach unſerer angenommenen Weiſe Schlüſſe ziehen. In dem erſten axiomate haben wir geſetzet, tradi poſſunt res corporales, weil dieſelben durch eine cörperliche Handlung von dem einen auf den andern können gebracht werden. Denn ſind es res incorporales oder iura, die werden nicht tradirt, ſondern quaſi tradirt. Die quaſi traditio beſtehet darin, daß der eine etwas leidet, und der andere etwas ausübet, z. E. wenn ich einen die Jagd-Gerechtigkeit quaſi tradiren will: ſo iſt genug, wenn ich leide, daß ein anderer jaget, und alſo mit meinem Wiſſen einen actum venandi ausübet. L. 1. §. *ult.* D. *de ſervit. præd. ruſt.* L. *ult.* D. *de ſervitut.* So flieſſet auch aus dieſem axiomate, 2) ut traditio fiat vel naturaliter, vel ſymbolice, vel longa manu, vel brevi manu. Naturaliter geſchiehet die traditio, wenn eine Sache actu corporali einem andern, der ſie empfänget, übergeben wird, z. E. wenn es eine bewegliche Sache iſt, als eine goldene Uhr, und ich dieſelbe aus meiner Hand in des andern ſeine übergebe, oder wenn es eine unbewegliche Sache iſt, als ein Haus, ein Weinberg, wenn ich einen dahinein führe, und ihm dadurch ſelbige Stücke übergebe. Symbolice wird eine Sache übergeben, wenn ich iemanden an ſtatt der Sache ſelbſt gewiſſe Zeichen übergebe, z. E. die Schlüſſel zu einem Hauſe, die Acker-Inſtrumente ꝛc. Hierbei wollen wir etwas ſtehen bleiben, und ſehen, wie es bei den alten Teutſchen deswegen gehalten worden. Dieſelben übergaben ihre Sachen mit vielen Ceremonien, abſonderlich, wenn koſtbare und unbewegliche Sachen ſolten übergeben werden, wobei auch zugleich eine Uebergebungs-Schrift gemachet werden muſte. Ferner bedienten ſie ſich auch der Zeugen, und zwar nicht allein ſolcher, welche ihr volles Alter hatten, ſondern auch junger Knaben, wel-

che ſie bei den Ohren zupften und Ohrfeigen gaben, damit ſie ſich der vorgegangenen Sachen deſto beſſer erinnern möchten. In L. RIPVARIORVM *Tit.* LX. §. 1. lieſet man folgendes: *Si quis villam vel vineam, vel quamlibet poſſeſſiunculum, ab alio comperaverit, & teſtamentum* (i. e. inſtrumentum) *accipere non potuerit, ſi mediocris res eſt, cum ſex teſtibus, & ſi parva, cum tribus, quod ſi magna, cum duodecim ad locum traditionis cum totidem numero pueris accedat, & ſic eis præſentibus pretium tradat, & poſſeſſionem accipiat, & unicuique de parvulis alapas donet, & torqueat auriculas, ut ei poſtmodum in teſtimonium præbeant. Si autem teſtes non potuerit congregare, ut ei teſtimonium præbeant, tunc rem ſuam cum ſex ſive cum ſeptem cum ſacramenti interpoſitione ſibi ſtudeat evindicare.* Die Weiſe, die Zeugen bei den Ohren zu ziehen, iſt auch bei den Römern üblich geweſen, und daher kommen die Redensarten, anteſtari, aurem vellere, u. d. m. Daher man ſich nicht wundern darf, daß dergleichen auch bei den Teutſchen üblich geweſen ſind. Vornemlich aber iſt dieſe Weiſe bei den Beiern gar bekannt geweſen, wie dieſes aus dem L. BAIVVAR *Tit. XV.* §. 2. *Tit. XVI.* c. 2. §. 1. c. 3. §. 5. L. ALAMANN. *Tit. XCIV.* und dem CHRONICO REICHERSPERGENSI *ad a.* 1152. & ſeqq. p. 193. 212. zu erſehen iſt. Eben ſo hielt man es auch in der Weiſe, den jungen Knaben Ohrfeigen zu geben, wovon BALVZIVS *ad* L. *Ripuar.* Tit. LX. T. II. *Capitular. Reg. Franc.* p. 997. bezeuget, daß dieſes auch in Franckreich üblich geweſen iſt. Und dieſe Manier wird noch heut zu Tage auf den Dörfern, bei den Gränz-Zügen beobachtet, damit die Knaben die Sache nicht vergeſſen mögen. Denn ein ſolcher, welchen etwas widriges wiederfahren iſt, erinnert ſich allezeit des Orts, der Zeit und Gelegenheit: manet alta mente repoſta iniuria. Der Hr. von ECCARD *in Comment. ad* L. *Salicam.* p. 224. hat deswegen wohl erinnert, daß das teutſche Sprüchwort: einem einen Denckzettel geben, von daher ſeinen Urſprung habe. Mehrere Nachrichten von dieſen Sachen kan man in des grundgelehrten Hrn. OTTO ſchönen Büchelgen, *de iurisprudentia ſymbolica*, nachleſen. Es hatten aber die Teutſchen auch die Gewohnheit, daß ſie dieſe traditiones nicht heimlich, und in den Winckel verrichteten, ſondern es geſchahe dieſes mehrentheils gerichtlich oder in mallo publico, welcher von dem Tungino, d. i. dem Decano, angeſetzet wurde. Denn daß die traditiones der Güter auf dieſe Weiſe geſchehen ſind, ſolches iſt aus dem L. SALICA *Tit. XLIX.* zu erſehen. Hieraus kan man erkennen, daß die ſo genannte reſignatio iudicialis, oder die gerichtliche Auflaſſung von daher ihren Urſprung habe, welche man vor Alters *Laxam* genennet hat, welches nichts anders bedeutet, als Laſſen, oder Auflaſſen. Beſiehe CAROLI du FRESNE *Gloſſarium mediæ & infimæ latinitatis*, voce *Laxa*. Es bedienten ſich aber die Teutſchen bei ihren Uebergebungen gleichfals gewiſſer Zeichen, wo-

wovon sehr viele Nachrichten, sowol bei den Geschichtschreibern, als auch in den Diplomatibus, vorkommen. Also pflegten die Alten ein Stück Erde mit einem Messer auszustechen, und es demjenigen zu geben, welchen sie etwas tradiren wolten: oder, wenn einer Kirche etwas geschencket wurde, pflegten sie dasselbe auf den Altar zu legen. Und dieses solte anzeigen, daß sie sich nicht das geringste Eigenthum vorbehalten, sondern alles übergeben hätten. Daher kömmt auch die Teutsche Redensart: etwas mit Stumpf und Stiel übergeben. Wir wollen davon einige Zeugnisse anführen. *In Vita S. Berlendis n. 5.* liest man davon folgendes: *Quidquid habebat in prædiis cum omni familia servorum ancillarumque cum cæspite & ramo cultelloque cum manubrio albo tradidit.* Ein gleiches Exempel findet sich bei dem MONACHO BRVNWILLERENSI *in Vita Ezonis & Mathildis* bei LEIBNITIO T. I. *Script. rer. Brunsvic.* p. 375. alwo von *Ezoni*, Pfaltzgrafen bei Rhein, gemeldet wird, daß er seiner Braut, der Keiserlichen Prinzeßin Mathildis, auf solche Art etwas übergeben: *Ramusculum arboris eiusdem terræ, involutum cæspite, accepit, & cum eodem Brunwillerense prædium & alia proprii iuris plura in dotem tradidit*, wozu obgedachter Mönch noch setzet: *Eumdem ramusculum in doni testimonium facti, longa viroris gratia iucundum permansisse.* Es ist dieses nichts anders, als die in Dännemarck sonst üblich gewesene Scotatio, deren der Pabst in c. 2. X. *de consuetudine*, gedencket, welches STRAVCHIVS *in Amœnitatibus iuris Canonici eclog. V.* und der Geh. Rath GVNDLING *in Gundlingianis P. VII. obs. 4.* erläutern. Nicht weniger war bei den Teutschen die Gewohnheit angenommen, daß man eine festucam in des andern Schooß warf, welchen man etwas tradiren wolte, wovon die *Traditiones Fuldenses lib. I. n 5. & 10.* bei PISTORIO T. III. *script. rer. Germ.* p. 489. & 490. zeugen. Der Schooß wurde von den alten *Laisa* genennet, und die Handlung hieß *Laisowerpum.* Wer also etwas übergab, *is guerpire, werpire vel laisowerpire dicebatur*, wovon der Herr ECCARD in *Commentario ad L. Salicam* p. 92. das Wort leisten, *insinuare, præstare* herleitet. *Laisa* kömmt mit dem Teutschen Wort Lag überein, worunter man den Schooß verstunde: und dahero heisset *laisowerpire*, einem den Span in Schooß werfen. Denn der Wurf ist ein Zeichen, daß man sich von der Sache losgesaget: hingegen ist der Schooß ein Zeichen des Eigenthums und der Besitzung, welches der Hr. WACHTER in *Glossar. Germ.* T. I. p. 932. wohl angemercket hat. Daher kömmt die Redensart vor bei MARCVLPHO *lib. I. Formul. c. 13. Villas nuncupatas - - per fistucam visus est werpisse vel condonasse.* Und in L. SALICA *Tit. XLVIII. Per festucam in Laisam iactet.* Siehe ECCARDVM *in not.* pag. 91. BIGNONIVM *ad Formulas* MARCVLPHI p. 273. seqq. STIERNHOER *de iure Sueon. & Goth. vetust. lib. II. c. 5.* Daher kömmt die *effestucatio* bei Schen-

ckungen und Verkaufen, wovon FRIDERICVS A SANDE und LAMBERTVS GORIS geſchrieben haben. So war auch die traditio per Andelangum im Gebrauch, welches ſoviel als Handlangen, wenn eine Sache von einer Hand in die andere ſolte gegeben werden. Und daher kömmt der Handſchlag, welchen unſere Vorfahren bei ihren Handlungen nicht leichtlich vergeſſen haben. Denn daß bei den Uebergebungen auch dieſe Ceremonie gebrauchet worden, erhellet aus folgender Stelle einer Urkunde bei CAROLO DU FRESNE *in Gloſſario mediæ & infimæ latinitatis.* T. II. p. 414. *Miſit autem manum ſuper manum domini Hugonis Dienſis Epiſcopi & Romani Legati, quaſi in loco ſacramenti, ne aliquis filiorum vel ſucceſſorum ſuorum hanc Werpitionem præſumeret infringere.* Dieſe ſymbola traditionis waren durch die Geſätze eingeführet: aber auſſer dieſen waren bei den Teutſchen Völckern noch ſehr viele andere im Gebrauch, welche von dem Wohlgefallen eines ieden abhingen, welche aber, weil ſie zu weitläuftig ſeyn, wir hier nicht durchgehen wollen, da ohnedem DV FRESNE in *Gloſſario* T. II. p. 105. ſeq. ausführlich davon gehandelt hat. Aber dieſes können wir nicht vorbei gehen, daß man die Gewohnheit gehabt, wenn man einer Kirche oder Kloſter etwas ſchencken oder übergeben wollen, man ein gewiſſes Horn mit Wein ausgetruncken hat, welches traditio per cornu genennet wurde, wovon DV FRESNE T. I. p. 1222. und der Hr. OTTO *in iurisprudentia ſymbolica Exerc. I. c. II. p. 67.* ausführlich handeln. In einer Urkunde bei CAMDEN ſteken folgende Worte: *Inditato Ebonacum divertit, & cornu, quo bibere conſuevit, vino replevit, & coram Altari Deo & beato Petro Apoſtolorum principi, omnes terras & reditus: flexis genibus, propinavit.* Bei dieſen Uebergebungen wurden die ſigna traditionis aufgehoben, und entweder in den Kirchen oder Archiven verwahret, wie dieſes SIRMONDVS *ad Gauffredum Vindocienſem lib. I. ep. 6.* und DV FRESNE T. II. p. 104. anmercken. Welcher Letztere auch meldet, daß Urkunden vorhanden, welchen dieſe ſymbola traditionis, als Späne, Stücken Holtz, Müntzen, Stäbgen u. d. m. beigefüget, von welcher alten Weiſe MABILLON T. IV. *Actor. SS. Ordin. S. Benedicti, in vita Fulradi Abbatis* n. 19. Exempel anführet. Und mein ſeliger Bruder, der Conſiſtorial-Rath HEINECCIVS, hat mir erzehlet, daß er zu Goßlar ein zerbrochen Siegel angetroffen, in welchen einige Reliquien von Heiligthümern gefunden worden, vermittelſt welcher ein gewiſſer Biſchof der Kirche des Heil. Simons und Judä zu Goßlar, einige Hufen Landes übergeben hatte. Ob nun gleich viele von dieſen ſymbolis traditionum in Abgang in den folgenden Zeiten gekommen: ſo ſind doch auch einige derſelben im Gebrauch geblieben, als wie wir kurtz vorher ein Exempel von den Zeiten *Ottonis III.* angeführet haben. In Geldern gilt noch heut zu Tage die effeſtucatio, welches ſie Opdracht oder Tranſport nen-

nennen. Friedrich von SANDE *de Effestucatione* schrei et davon *in Proœmio, n. 12. Circa immobilium alienationes atque adquisitiones multa in hac ditione in dies usu veniunt, quæ non tam iuris Romani decisionibus, quam receptis quibusdam morum solemnibus eorumque rationibus decidi consueverunt.* Von dem ritu effestucationis handelt er selbst c. 2. und LAMBERTVS GORISIVS über dasselbe, wie auch in *Adversar. ad Consuetud. Gelr. Tract. III. P. I. c. 1. n. 4. §. 13.* seq. ausführlich. HVBER *Prælect. ad Instit. lib. II. tit. I §. 58.* In Sachsen, ist noch üblich, daß wenn die immissio in bona geschiehet, ein Span aus der Thüre oder Baume ausgeschnitten, und dem neuen Besitzer übergeben wird, wie KEYSER in der Anweisung zum Hülffs-Proceß c. III. §. 7. bezeuget. Sonst pflegt man auch bei Besitznehmung der Güter nicht allein einen Span, sondern ein Stück Erde auszuschneiden und mit sich zu nehmen: da man denn auch zugleich die Notarios bittet, ein Instrument zu machen, und dieser Umstände zu gedencken. Dieses mag genug seyn von der traditione symbolica. Wir haben oben gesehen, daß die traditio auch geschehe, vel longa manu, vel brevi manu. Longa manu werden die Sachen übergeben, wenn ich die Sache, die ich übergeben will, in des andern Augenschein setzen, und dieser selbige siehet: hingegen geschiehet die traditio brevi manu, wenn ich mich durch Worte erkläre, daß ich die Sache wolle übergeben haben, obgleich sie der andere schon in Besitz hat. Z. E. Ich habe einen ein Buch geliehen, welches ich ihm nachhero verkaufe, und sage, er könne das Buch bei sich behalten.

§. 383. Das zweite axioma war, tradi res debet a domino, ius alienandi habente. Was einer also selbst nicht hat, daß kan er auch dem andern nicht geben, noch ein dominium auf iemand irgends bringen. Daraus fliesset, 1) ut traditio a non domino facta in eum, qui a domino se accipere putat, non transferat dominium, quamvis bonæ fidei possessorem faciat accipientem L. 20. *pr.* D. *h. t.* Es wird also dadurch niemand dominus, sondern nur bonæ fidei possessor. Ist aber einer nicht Eigenthümer und will mir eine Sache übergeben, und ich weiß solches: so werde ich kein bonæ fidei sondern malæ fidei possessor. Fliesset daraus, 2) daß ein pupillus sine auctoritate tutoris kein dominium auf einem andern bringen kan, denn ob er gleich Herr seiner Sachen ist, so wird er doch nicht pro persona perfecta propter imperfectam ætatem gehalten. (§. 298.) Daher kan ein solcher Unmündiger ohne Vollwort seines Vormundes nichts thun, wodurch dessen Zustand kan verschlimmert werden. (§. 251.) Und derohalben kan auch kein Eigenthum durch die Uebergebung von einem Unmündigen auf den andern gebracht werden.

§. 384. Das dritte axioma war: non transferri dominium, nisi traditio fiat animo alienandi. Domini enim est rei suæ dicere legem. Si ergo

hanc rei ſuæ legem dicit, ut non niſi uſus vel cuſtodiæ transferatur, ſine alter traditione non fiet dominus. Z. E. Wenn ich eine Sache deponire, oder verleihe, verpachte, verpfände, da geſchiehet zwar eine traditio, aber der depoſitarius, commodatarius, conductor und creditor werden davon nicht Herren. Das vierte axioma iſt: non adquiritur traditione dominium, niſi præcedat titulus in transferendum dominium habilis, wovon wir oben (§. 339.*) etwas erinnert haben. Dahin gehöret donatio, venditio, legatum. Ja bei der emtione venditione iſt dieſes etwas beſonders, daß obgleich der Contrakt durch die tradition zur vollkommenen Richtigkeit kömmt, doch kein Eigenthum transferirt wird, als bis das Kauf-Geld gezahlet wird: es müſte denn ſeyn, daß der Verkäufer den Käufer ſolches auf ſeine Treue und Glauben hingegeben. §. 41. *Inſt. h. t.* L. 19. D. *de contrah. emt.* L. 7. *Cod. qui potiores in pignore.* In dieſer Abſicht hat VARRO *lib. II. de re ruſtica* c. 2. geſchrieben: *Grex venditus, dominum non mutat, niſi ſit æs adnumeratum.* Und QVINCTILIANVS *Declam.* 336. *Quo iure vindicare potes eam rem, cuius pretium non dediſti.* Es kan aber auch eine traditio in perſonam incertam geſchehen. Und pfleget ſich dieſer Fall bei Keiſerlichen und Königlichen Crönungen zu ereignen, da güldene und ſilberne Müntzen unter das Volck ausgeworfen werden. Bei den Römern thaten dieſes ehemals die Burgemeiſter und andere vornehme obrigkeitliche Perſonen, welche Freiheit aber nachhero verboten worden. L. 2. *Cod. de Conſul.* CLAVDIANVS *de Laudibus Stiliconis lib. III.* SYMMACHVS *lib. IX. ep. ult.* CORIPPVS *de laudibus Juſtini minoris*, SIRMONDVS *ad* SIDONIVM APOLLINAREM *lib. VIII. ep.* 6. Unter den Keiſern war dieſes eine bekannte Sache, daß Geld ausgeworfen wurde, welches aus den Zeugniſſen bei SVETONIO *in Auguſto* c. 98. *in Caligula* c. 18. *in Nerone* c. 11. und aus IVLIANI *Orat III* p. 241. zu erſehen iſt. Weil nun alſo dieſes Geld in der Abſicht ausgeworfen wird, daß derjenige daſſelbe bekommen ſoll, welcher es ergreifen wird: ſo gewinnet es das Anſehen, daß hier eine traditio in perſonam incertam geſchehe. Daher hat der Keiſer *Juſtinianus* geſetzet, daß dieſes ſolte geſchehen können. §. 45. *Inſt. h. t.* Aber, wenn wir die Rechnung richtig machen wollen: ſo iſt die ſparſio miſſilium keine ſpecies traditionis ſondern vielmehr occupationis. Denn welcher Geld auswirft, begiebt ſich daran ſeines Eigenthums, und daſſelbe Geld wird eine res nullius, wovon wir die Regel haben: res nullius cedunt occupanti, welche Regel wir weitläuftig in den *Notis ad* VINNII *Commentarium Inſtitutionum.* §. 45. *h. t.* ausgeführet haben. Und ſo ſind wir nun mit dieſen groſſen und weitläuftigen Titel zu Ende gekommen, und die Ordnung führet uns nun auf die res corporales und incorporales, von welchen ausführlich wird zu handeln ſeyn.

Tit.

Tit. II.

De Rebus Corporalibus & Incorporalibus.

§. 385 = 387.

Der Keiſer *Iuſtinianus* hat in *Inſtitutionibus lib. II. Tit. II.* ſich wieder zu den Eintheilungen der Dinge gewendet, daher wir auch dieſer Ordnung hier nachfolgen wollen. Wir haben ſchon oben (§. 370.) von dieſer zweiten Eintheilung geredet, und geſaget, res ſunt vel corporales vel incorporales. Corporales ſind, quæ tangi poſſunt: incorporales, quæ tangi non poſſunt. §. 1. 2. *Inſt. h. t.* Daher entſtehet hier die Frage, was man durch dieſe definitiones verſtehe? Der Herr OTTO *in Comment. ad Inſtit.* p. 201. ſtehet in den Gedancken, daß dieſe definitiones von den Phyſicis herkommen, und nicht in dem Verſtande genommen würden, worin ſie von den Stoiſchen Weltweiſen gebrauchet worden. Denn er ſagt, die Phyſici hätten den incorporalibus die Geiſter beigezählet, da er dann auch GIPHANIVM und mich zu wiederlegen ſucht, daß wir dafür gehalten, daß dieſe Eintheilung aus der Stoiſchen Weltweisheit entſprungen ſey. Die Stoiſchen Weltweiſen pflegten alle res in corporales & incorporales einzutheilen, und von denſelben zu ſagen, quod tangi poſſint. Solches kan durch folgende Stellen der Alten erläutert werden: SENECA *ep.* 58. *Quod eſt, in has ſpecies divido, ut ſint corporalia, vel incorporalia. Nihil tertium eſt.* IDEM *ep.* 106. *Num quid eſt dubium, an id, quo quid tangi poteſt, corpus ſit?* LACTANTIVS *lib. VII. Inſtit. Divin* c. 12. *Solidum & comprehenſibile corpus eſt, & oculis & manu videtur & tangitur.* LVCRETIVS *de rerum natura lib. I. v.* 306.

Tangere enim & tangi, niſi corpus, nulla poteſt res.

Ja die Stoiſchen Weltweiſen hielten dafür, daß die res incorporales mehr denjenigen, welche nicht ſind, als denjenigen, welche ſind, beizuzählen wären, welches aus folgender Stelle bei CICERONE *Topic. V.* erhellet: *Definitionum duo ſunt genera prima. Vnum earum rerum, quæ ſunt, alterum earum rerum, quæ intelliguntur. Eſſe ea dico, quæ cerni tangive poſſunt, ut fundum, ædes, parietem, ſtillicidium, mancipium, pecudem, ſupellectilem, penus & cetera. Non eſſe rurſus ea dico, quæ tangi demonſtrarive non poſſunt, ut ſi uſucapionem, ſi tutelam, ſi gentem, ſi agnationem definias, quarum rerum nullum ſubeſt quaſi corpus, eſt tamen quædam conformatio inſignita & impreſſa intelligentia, quam notionem voco.* In allen dieſen Dingen folgeten die Rechtsgelehrten den Weltweiſen nach, und theilten die res in corporales und incorporales, nahmen auch ihre definitiones an, daß ſie die corporales nenneten, quæ tangi poſſunt,

ſunt, incorporales, quæ tangi non poſſunt, CAIVS *in Inſtit. lib. II. tit. I. §. 2.* obgleich diejenigen, welche die Sache beſſer ausdrücken wollen, jene res, dieſe aber iura nenneten, wie wir bei QVINCTILIANO *lib. V. Inſtit. Orat. c. 10.* ſehen können. Und auf dieſe Art wird die Sache viel klärer ausgedrücket, kan auch viel beſſer verſtanden werden. Man kan daraus ſehen, warum das Geld, welches man mit den Händen berühren kan, bald den rebus corporalibus beigezehlet §. *un. Inſt. h. t.* bald den corporalibus entgegen geſetzet wird. L. 46. D. *de condict. indeb.* L. 5. *princ.* D. *de impens. in res dot.* L. *ult.* D. *de adim. legat.* Nachdem man die Sache ſelbſt oder das Recht an derſelben betrachtet, wird das Geld bald den cörperlichen, bald den uncörperlichen Dingen beigezählet. Aus eben der Quelle kömmt es her, daß die Rechtsgelehrten die res incorporales mehr denjenigen beizählten, welche nicht exiſtiren: und dahér ſagt IVLIVS PAVLVS in L. 1. D. *de uſufr. legat. Servitutes neque ex bonis, neque extra bona eſſe;* welches GERARDVS NOODT *lib. II. Probabil. iur.* c. 3. p. 48. ſqq. aus den Grundſätzen der Stoiſchen Weltweißheit ſehr ſchön erkläret. Alſo hat man hierbei zu mercken, daß die Stoiſchen Weltweiſen alle ſenſus ad tactum reducirten. Denn ſie ſagten, es könne nichts durch die Sinnen begriſen werden, wenn nicht ein contactus organorum ſenſoriorum geſchehe. Z. E. videri nihil poſſe, niſi radii lucis tangant oculum, & per illum proiiciantur ad retinam: audiri nihil poſſe, niſi aër commotus fereat & tangat tympanum aurium. Eben ſo ſagten ſie, verhalte es ſich auch mit dem Geſchmack: nihil enim guſtari poſſe, niſi particulæ cibi tangant extremitates nervorum & fibrilarum in lingua & palato. Denique nec odorem rei percipi poſſe, niſi eius effluvia nervorum extremitates in naſo ateingant & vellicent. Weil nun alſo alle ſenſiones per contactum geſchehen: ſo glaubeten die Stoici, es gäbe nur einen einzigen ſenſum, nemlich tactum. Wenn ſie dahero ſagten: res corporalis iſt, quæ tangi poteſt, ſo war es eben ſo viel, als wenn ſie ſagten, res corporalis eſt, quæ in ſenſus incurrit, vel ſenſibus percipitur; incorporalis contra, quæ nullo ſenſu externo percipitur. Dahero ſind alle res corporales res materiales; incorporales aber alle diejenigen, welche in einem gewiſſen Rechte beſtehen, z. E. ius venandi, dominii, ſervitutis, obligationis. Hæc enim omnia nullo ſenſu percipiuntur, quamvis effectus eius in oculos aliosque ſenſus incurrant. Und daraus iſt die oben angeführte Frage zu entſcheiden: an pecunia ſit res incorporalis? Die Materie ſelbſt, z. E. Gold, Silber, welches wir Geld nennen, iſt etwas cörperliches, denn es fällt in die Sinnen: aber der innerliche Werth deſſelben iſt eine res incorporalis, denn es kan derſelbe weder geſehen, gehöret, berühret, noch ſonſt mit einigen Sinnen begriſen werden, ſed animo tantum intelligi debet. Alſo iſt auch eine Erbſchaft pro diverſo reſpectu

eine

eine res corporalis und incorporalis: quatenus ſcilicet ius numquam incurrit in ſenſus, quamvis res hereditariæ, & exercitium iurium in ſenſus incurrant. L. 30. §. 6. *de Legat. I.* Und daher hätte SENECA *lib. IV. de beneficiis* c. 5. keine Urſache gehabt, ſich über die Juriſten aufzuhalten, daß dieſelben die hereditatem ein ius, oder rem incorporalem in L. 50. D. *de petit. hered.* nennen. LYCLAMA *lib. III. Membran. eclog. 19.* ſaget, daß bei SENECA der Schüler deſſelben redend eingeführet werde, welcher die Rechte nicht verſtanden habe, und alſo den ſcharfſinnigen Unterſchied, welchen die Rechtsgelehrten unter den Dingen gemacht, für Poſſen gehalten: und man kan auch dieſes leichte gelten laſſen.

§. 388. Wir haben bisher geſehen, was res corporales und incorporales ſeyn; nunmehro müſſen wir auch von derſelben Natur und Eigenſchaft reden. Wir wollen damit ſo viel ſagen, daß wir ſehen, quid iuſtum ſit circa res corporales & incorporales? Aus der gegebenen definition flieſſet von ſelbſten: 1) res incorporales non poſſideri. Denn eine Sache beſitzen, heiſſet rem detinere, ei incumbere, eamque cuſtodia coërcere. Alles dieſes gehet bei den rebus incorporalibus nicht an; weil doch aber auch die res incorporales oder iura uns zugehören: ſo ſagen wir von denſelben, quaſi poſſidentur, ſo lange wir uns derſelben bedienen, und die Befugniſſe ausüben. 2) Flieſſet auch daraus, res corporales non tradi, wovon wir hier ietzo nichts weiter beibringen wollen, weil wir ſchon oben (§. 387.) alles, was nöthig geweſen, beigebracht haben. Letzlich flieſſet 3) aus der definition, res incorporales non eſſe in dominio noſtro; Denn da wir oben (§. 335.) geſaget haben, dominium eſt ius in re corporali: ſo können wir nicht ſagen, das ius pignoris, ius ſervitutis oder obligatio, iſt in meinem Eigenthum. Weil doch aber die iura und obligationes uns bereichern, und ihren Werth haben: ſo pfleget man von denſelben zu ſagen, in bonis ſunt, wovon die ſchöne Stelle in L. 49. D. *de Verb. ſignif.* nachzuleſen recommendiret wird.

§. 389. 390. Die res corporales werden wieder eingetheilet in res mobiles & immobiles. α) Mobiles werden genennet, quæ vel ſe ipſæ virtute ſua interna movent, z. E. Knechte, Vieh, u. d. m. Und welche de loco in locum können beweget, und wo anders hingebracht werden. L. 93. D. *de Verb. ſignif.* ibique BRECHÆVS & FORNERIVS. Z. E. Wagen, Hausrath, Bücher, u. d. m. β) Immobiles werden genennet, quæ a) phyſice ſalvæ moveri nequeunt, z. E. Aecker, Güter, Häuſer, Wieſen, u. d. m. b) welche einen unbeweglichen Theil ausmachen, z. E. Sachen, die von einem Hauſe nicht können getrennet werden, als Fenſter, Thüren, Oefen, u. d. m. welche in unſern Rechten fixa vincta, Erd- Niet- und Nagel feſt genennet, und den rutis cæſis, was nicht Erd- Niet- noch Nagel-feſt iſt, ent-

gegen geſetzet werden. L. 17. §. 6. L. 6. §. 2. D. *de act. emt. vend.* γ) heiſſen auch res immobiles, quæ in perpetuum uſum rei immobilis ſunt deſtinatæ, als die Keltern in den Weinbergen, Fiſche in den Teichen, Geſchütz in den Veſtungen, u. d. m. Die Teutſchen haben ebenfals dieſe Eintheilungen gehabt, und haben die res incorporales in den diplomatibus, iura, iuſtitias, und Gerechtigkeiten genennet. Die res mobiles nenneten ſie Fahrniß, fahrende Haabe, die immobiles aber Grundſtücke. Weil dieſe Sachen bekannt ſind: ſo iſt es nicht nöthig, daß wir uns bei denſelben länger aufhalten, und wenden uns dahero ohne weitern Umſchweif zur Erklärung des folgenden Titels, welcher de ſervitutibus handelt.

Tit. III.

De Servitutibus.

§. 391.

Wir haben in dem vorigen Titel de rebus corporalibus und incorporalibus zur Genüge gehandelt, dahero ſoll iezo de ſervitutibus umſtändlich geredet werden. Wir verſtehen per ſervitutem nicht die Knechtſchaft, von von welcher oben (Lib. I.) gehandelt worden, wenn eine Perſon der andern dienet und unterworfen iſt, ſondern wenn eine Sache der andern dienet, welche wir eine Dienſtbarkeit nennen. Weil nun aber dieſe ſervitus ein ius iſt, und die iura zu den rebus incorporalibus gerechnet werden: ſo folget nunmehro derſelben Abhandlung insbeſondere, da kurtz vorhero von den rebus incorporalibus überhaupt geredet worden iſt.

§. 392. Hier wird unterſuchet, was ſervitus ſey? Wir geben davon folgende definition: Servitus eſt ius in re aliena conſtitutum, quo dominus in re ſua aliquid pati vel non facere tenetur in alterius perſonæ reive utilitatem. L. 15. *princ.* § 1. D. *h. t.* Wir ſagen, ſervitus eſt ius. Dieſes iſt zu verſtehen, in Anſehung desjenigen, welcher die ſervitutem hat: denn in Anſehung des ſervientis iſt es eine obligatio oder onus. Wir mercken ferner an, daß die ſervitus ein ius in re ſey. Denn oben (§. 334.) haben wir erinnert, daß die ſervitus eine ſpecies iuris in re ſey, und wenn ich ein Recht habe auf des Nachbars Hauſe, ſo iſt mir nicht die Perſon des Nachbars verbunden, ſondern die Sache ſelbſt, nemlich das Haus. Wir haben aber auch in der definition gemeldet, ſervitutem eſſe ius in re aliena. Denn wir haben die Regel; res propria nemini ſervit, ſondern wenn ſich einer ſeiner

Sa-

Sache bedienet, so geschiehet dieses nicht ex iure servitutis, sondern ex iure dominii. Z. E. Wenn ich Wasser schöpfen darf aus des andern seinen Brunnen, so ist dieses eine servitus: wenn ich aber das benachbarte Haus, worin der Brunnen ist, an mich kaufe, so höret die servitus auf, weil nunmehro der Brunnen nicht mehr eine res aliena ist, sondern mir zugehöret, und dahero schöpfe ich nunmehro das Wasser nicht mehr ex iure servitutis, sondern iure dominii. Es ist aber viel daran gelegen, ob ich ein immerwährendes Recht in re aliena habe, oder ob mir deren Gebrauch nur auf einige Zeit zugestanden worden ist. Im ersten Fall ist es ohne allen Zweifel eine servitus, aber nicht im letzten. Wenn ich z. E. ein Haus gepachtet habe, so kan ich mir auch des darin befindlichen Brunnens nach Gelegenheit bedienen, und daraus Wasser schöpfen, aber deswegen habe ich noch lange keine servitutem. Letzlich haben wir auch in der definition gesetzet: quo dominus aliquid pati vel non facere tenetur in alterius utilitatem. Denn darin bestehet das Wesen einer Dienstbarkeit. Selbiges ist gesetzet entweder in patiendo, vel non faciendo, z. E. wenn ich aus meines Nachbars Brunnen Wasser schöpfen darf, so ist derselbe schuldig, etwas zu leiden, wozu er eben sonst nicht verbunden wäre: wenn ich aber von meinem Nachbar erhalte, daß er sein Haus nicht höcher baue als es ist, so darf er etwas nicht thun, welches er sonst als Eigenthümer seines Hauses hätte thun können. Und dahero ist der serviens allezeit schuldig, entweder etwas zu leiden, oder nicht zu thun. Hierbei aber wird gefraget: ob nicht auch eine servitus in faciendo bestehen könne? Wir läugnen dieses, propter L. 6. §. 2. D. *si serv. vind.* alwo VLPIANVS saget: *non posse ita servitutem imponi, ut quis facere aliquid cogeretur.* Und wenn einer also seinem Nachbar sich verbindlich machen wolte, dessen Haus in guten Stand zu setzen: so würde dieses keine servitus, und also kein ius in re, sondern eine obligatio personalis, und ius ad rem seyn. Im übrigen erhellet aus dieser definition klar und deutlich, wie vielerlei die servitutes seyn. Denn bei einer ieden servitute muß seyn res, quæ servit: res autem servit vel rei, vel personæ servit res, ea dicitur personalis servitus: si res servit rei, vel prædium prædio, vocatur servitus realis vel prædialis. Z. E. Wenn ein Mann stirbet, und seiner Frau in seinen hinterlassenen Gütern den Genießbrauch vermachet, tum prædia eius servient personæ uxoris, adeoque ususfructus est servitus personalis. Wenn aber mein Nachbar leiden muß, daß meine Balcken auf seiner Wand liegen: so ist dieses keine servitus realis, quia prædium prædio servit. Wir haben vier servitutes personales, α) usumfructum, β) vsum, γ) habitationem, δ) operas servorum. Von welchen allen in folgenden Titeln wird gehandelt werden. Es sind aber auch diese servitutes in ihren Wirckungen von einander unterschie-

den. Denn weil es bei den servitutibus personalibus heisset, res servit personæ, so wird derselbe auch mit Abgang der Person wieder aufgehoben. Hingegen die servitutes reales, weil in denselben eine Sache der andern dienet, dauern so lange, als die Sache, oder die prædia vorhanden sind: obgleich die Personen, welche die Befugnisse ausgeübet haben, und zu deren Nutzen die servitutes eingeführet worden, gestorben sind.

§ 393. 394. In gegenwärtigen Titel wird nun von den servitutibus realibus gehandelt, welche man sonst auch prædiales heisset, weil sie nicht in beweglichen, sondern unbeweglichen Sachen gesetzet werden. Denn weil hier allezeit ein prædium dem andern dienet: so wird das eine, welches den Nutzen ziehet, prædium dominans, das andere, welches zu des andern Nutzen das onus träget, prædium serviens genennet. Z. E. Wenn ich aus meinem Hause ein Gebäude auf des andern Wand setze: so ist mein prædium dominans das andere serviens, welches mein Gebäude tragen muß. Von dem prædio dominante bekömmt nun die servitus allezeit den Namen. Denn ist es ein prædium rusticum, so heißt es servitus prædii rustici, ist es aber das prædium urbanum, so wird die servitus prædii urbani genennet. Daher wird hier vor allen Dingen gefraget, was heissen prædia rustica, was urbana? Der Hr. WESTENBERG *in principiis Pandectarum*, stehet in den Gedancken, daß alle Gebäude, prædia urbana, und alle liegende Gründe, prædia rustica, genennet werden, welches er ex L. 198. D. *de Verb. signif.* zu beweisen suchet. Aber in diesem Lege wird gesaget, daß die Gärten bisweilen prædia rustica, bisweilen prædia urbana seyn, und doch sind die Gärten weder ædificia, noch fundi. Der Hr. NOODT suchet ex l. 3. D. *de servitut.* zu zeigen, daß die prædia rustica in solo, die urbana aber in superficie bestehen: allein die Sache ist damit noch nicht ausgemacht, weil das angeführte Gesätz nicht von den prædiis, sondern von den servitutibus redet, auch nicht saget, daß die prædia rustica in solo, die urbana aber in superficie bestehen. Vielmehr erhellet aus diesem Gesätze, alias servitutes in solo, alias in superficie sitas esse, und derohalben müssen wir hier mercken, daß die prædia rustica und urbana in L. 198. D. *de Verb. signif.* von dem Gebrauch benennet werden. Denn da heisset es, prædia urbana non locus facit, sed materia. Wenn dahero ein prædium zum Gebrauch des Viehes, oder Ackerbaues gewidmet worden, so wird es pro prædio rustico gehalten, es mag dasselbe in der Stadt, oder auf dem Dorfe gelegen seyn. Wenn aber ein prædium zur Wohnung oder plaisir gewidmet worden ist, so ist dasselbe urbanum, es mag auf dem Lande, oder in der Stadt liegen. Hingegen ein Gebäude, worin wir unsere Früchte auffammlen, z. E. eine Scheure, ist ein prædium rusticum, ob es gleich mitten in der Stadt gelegen ist. Wie denn auch daher

her ein Garten, welchen ich habe zu meinem plaiſir anlegen laſſen, ein prædium urbanum iſt: hingegen ein Küchen- und Kräuter-Garten iſt ein prædium ruſticum. L. 198. D. *de Verb. ſignif.*

§. 395. Nachdem wir dieſes zum voraus geſetzet haben: ſo können wir gar leicht die axiomata verſtehen, welche daraus herflieſſen. Das erſte axioma verhält ſich alſo: Omnem ſervitutem eſſe in re aliena, neque rem ſuam cuique ſervire. Denn ſo oft ich mich meiner Sache bediene, ſo thue ich ſolches nicht iure ſervitutis, ſondern aus Recht meines Eigenthums, das ich daran habe, wie aus demjenigen erhellet, was oben (§ 392.) beigebracht worden iſt. Das zweite axioma iſt: Nullam ſervitutem in faciendo, ſed vel in patiendo, vel in non faciendo conſiſtere. L. 15. §. 1. *de ſervitut.* Denn ſonſt kan der HErr in ſeiner Sache, daran er das Eigenthum hat, thun was er will, und iſt nicht verbunden einem andern ein Recht in derſelben zuzuſtehen. Wenn alſo einer gezwungen wird etwas nicht zu thun, oder zu leiden, und dieſes in ſeiner eigenen Sache: ſo ſagen wir, res eius ſervit. So oft als einer etwas in dem ſeinigen muß geſchehen laſſen, ſo heißt dieſes ſervitus adfirmativa, z. E. ſervitus tigni immittendi, luminum, oneris ferendi. Wenn ein Eigenthümer aber gezwungen wird etwas in dem ſeinigen nicht zu thun: ſo iſt es ſervitus negativa, Z. E. ne luminibus officiatur, ne altius tollat &c. Das dritte axioma iſt: omnes ſervitutes eſſe individuas L. 2. §. 2. L. 27. *pr.* D. *de Verb. obligat.* Die Urſache davon iſt dieſe. Alle ſervitutes beſtehen in iure: iura aber können nicht getheilet werden. Alſo kan man einem nicht das ius dimidium viæ, itineris, luminum &c. geben. Das vierte axioma iſt: Servitutum cauſſam eſſe debere perpetuam L. 28. D. *de ſerv. præd urb.* L. *un.* §. 4. D. *de font.* L. 1. §. 5. 8 D. *de aqu. quotid.* Die Urſache von dieſer Regel beſtehet darin, weil die ſervitutes zu dem Ende gegeben werden, daß der Nachbar ſich derſelben bedienen ſoll, ſo oft ihm ſolches belieben wird. Wenn nun aber die cauſſa nicht perpetua iſt: ſo kan ſich der Nachbar derſelben nicht nach Gefallen bedienen, und dahero kan es auch keine ſervitus ſeyn. Ich kan alſo einem zugeſtehen, daß er aus meinem Brunnen Waſſer ſchöpfe, weil das Waſſer alda beſtändig herfür quilt: aber dieſes gehet nicht an bei einer Ciſterne, alwo nicht allezeit Waſſer iſt, ſondern austrocknet, wenn lange Zeit kein Regen fällt. Hiervon iſt in L. 28. D. *de ſerv. præd. Vrb.* ein ſchönes Exempel anzutreffen, alwo gefraget wird: ſi vicino meo concedam, ut apertum habeat foramen in imo pariete pavimenti proluendi cauſſa, an hæc ſit ſervitus? da antwortet der ſpitzige Rechtsgelehrte, IVLIVS PAVLLVS, es ſey dieſes keine ſervitus, niſi eo aliquid æquæ pluviæ perveniat, quia alias cauſſa non ſit perpetua. Wenn wir oben geſaget haben: nullam ſervitutem in faciendo conſiſtere; ſo iſt dieſes von den Römiſchen Rechten zu verſtehen. Gantz an-

anders verhält es ſich damit bei den Teutſchen, welche ſehr wenig von den Römiſchen Subtilitäten gewußt haben. Die alten Teutſchen hatten keine prächtigen Städte, und dahero iſt nicht zu vermuthen, daß dieſelben einen Unterſchied, inter ſervitutes prædiorum urbanorum & ruſticorum werden gemacht haben. Wer wolte auch wohl glauben, daß ſie dafür gehalten, daß die cauſſa ſervitutum perpetua ſeyn müſſe? oder daß dieſelbe allen Theilen des fundi inhæriren müſſe, und untheilbar ſeyn? THOMASIVS *in Notis ad Pandectas* p. 122. hat davon gar ſchön gehandelt, alwo er ſaget: *Quamvis ſervitutum materia ſit maxime practica: propterea tamen non ſequitur, quod Germani omnes ſubtilitates ICtorum Romanorum in doctrina de ſervitutibus receperint.* Und p. 123. *Olim tempore ſpeculi Suevici & Saxonici vix alia ſervitutes videntur in uſu fuiſſe, præter ſervitutem ſtillicidii & ſimiles, tamquam in magna ædificiorum ſimplicitate, & quia ſervitutes Romanorum etiam ruſticæ, non quadrarent ad ſtatum antiquum Germanorum. Poſtea luxu etiam apud Germanos creſcente, in uſum pedetentim venerunt alia quædam, Romanis uſitatæ.* Alſo hieß es bei den Römern, ſervitutes conſiſtere debent vel in patiendo, vel in non faciendo. POMPONIVS in l. 15. §. 1. D. *de ſervitut.* drücket ſich alſo aus: *ſervitutum non ea natura eſt, ut aliquid faciat quis, veluti viridia tollat, aut ameniorem proſpectum præſtet, aut in hoc ut in ſuo pingat, ſed ut aliquid patiatur, aut non faciat.* Aber die Teutſchen haben dieſes principium niemals angenommen, als bei welchen der Beſitzer eines benachbarten prædii bisweilen ebenfalls diente, wie dieſes umſtändlich ausgeführet haben GERARDVS GOTTLIEB TITIVS in diſſ. *de ſervitute faciendi, Lipſ.* 1710. und EPHRAIM GERHARDVS *de ſervitutibus in faciendo conſiſtentibus Ienæ* 1710. Ein Exempel davon findet ſich in Teutſchland bei den operis ruſticorum. Denn da müſſen die Bauern öfters nicht allein ihren Herren, ſondern auch andern Dienſte leiſten. Dieſe haften nicht auf der Perſon, ſondern auf den Gütern, und können mit denſelben auf alle Beſitzer gebracht werden: wie denn auch aus denſelben Klagen entſtehen können. MANZIVS *Deciſ. Palat.* qu. XXII. n. 14. Das aber dieſe operæ in faciendo beſtehen, ſolches wird hoffentlich niemand in Zweifel ziehen. Alſo wird auch dergleichen öfters Meldung gethan. In einem Briefe des Biſchofs *Chrodogangi* von Metz ſtehet: *debent avenam de ſilva, quæ ad villam Iſinburc pertinet, ad Paterni villam angariare.* Und die GLOSSA *iur. prov. Saxon. lib. I. art.* 2. ſaget: Pfleghaften ſind, die in dem Lande eigenes haben, da ſie pflichtig ſind, etwas vorzugeben oder zu thun. Und *lib. III. art.* 2. Etliche Dienſtbarkeit liegt auf einem Manne, alſo daß er dienen muß, und dieſe ſind eigen. Etlicher Leute Dienſtbarkeit aber liegt allein auf ihrem Gute, alſo, daß wer daſſelbe Gut hat, muß davor dienen. Und ſo verhielte es ſich, wenn einer gezwungen war,

war, ſeine Heerde Schaafe auf eines andern Aecker zu treiben, weil da etwas zu des andern Nutzen geſchahe, und zwar dergeſtalt, daß dazu nicht eine Perſon, ſondern vielmehr das prædium dazu gehalten war. Man kan auch hieher zehlen die iura bannaria, da einer ſchuldig iſt auf des andern Mühle zu mahlen, Wein oder Bier aus eines andern Schencke zu holen; oder, wenn er brauen will, ſolches in eines andern Brauhauſe zu verrichten, wovon MIRÆVS *in Donat. Belg. Piis* c. 54. ein Exempel anführet. Man ſiehet daraus, daß die Teutſchen ehemals wenige, und gantz andere ſervitutes gehabt haben, als welche bei den Römern im Gebrauch geweſen. Wir können alſo nach den Teutſchen Rechten folgende definition von der ſervitute geben: Eſt ius quodcumque in re aliena, ſive perſonæ, ſive rei, ſeu prædio conſtitutum, ſive in patiendo, ſive in non faciendo, ſive in faciendo conſiſteret. Daher werden auch die ſervitutes bei uns überhaupt Gerechtigkeiten genennet. In denjenigen Dingen, wo die Teutſchen Rechte nichts beſtimmen, da nehmen wir in materia ſervitutum das Römiſche Recht an. Inzwiſchen iſt hier zu mercken, daß auch die ſervitutes, welche in faciendo beſtehen, oder die iura bannaria, nicht nur durch die Geſätze, ſtatuta oder Verträge eingeführet werden, BORN *de eo quod iuſtum eſt circa molendina.* c. V. §. 7. ſeq. ſondern es kan dieſes auch durch die Verjährung geſchehen.

§. 396. Nachdem wir dieſes zum voraus geſetzet haben: ſo können wir leichtlich einſehen, auf was Art und Weiſe die ſervitutes eingeführet werden. Wir müſſen hier einen Unterſchied machen inter ius ad rem, & ius in re. Ein ius ad rem können wir adquiriren 1) vel per pactum, vel ſtipulationem, §. 4. *Inſt. h. t.* z. E. wenn einer mir verſpricht, daß er mir in ſeinem Eigenthum eine ſervitutem zugeſtehen wolle. Ferner wird das ius ad rem 2) per ultimam voluntatem adquiriret, wenn einer entweder im Teſtament, oder in Codicillis teſtamento confirmatis einem die ſervitutem viæ, luminum &c. vermachet. So geſchiehet auch die adquiſitio 3) per præſcriptionem, wenn einer zehen Jahr inter præſentes, zwantzig inter abſentes ſich einer Befugniß in eines andern Eigenthum bedienet hat. Aber im erſten Falle habe ich nur ein ius ad rem, weil mir die Perſon, welche mir etwas verſprochen, oder deren Erbe, und nicht die Sache ſelbſt verbunden iſt: daher ich auch nur eine actionem perſonalem, nicht aber realem habe. Wenn ich aber frage, wodurch erlange ich ein ius in re? ſo dienet darauf zur Antwort, per ſubſequentem quaſi traditionem. Denn weil die ſervitus ein ius iſt, und alſo eine res incorporalis: ſo findet hier keine tradition ſtatt, ſondern es muß dieſelbe quaſi tradirt werden. L. 11. § 1. D. *de public. in rem act.* Dieſe quaſi traditio geſchiehet per uſum unius und alterius patientiam; z. E. wenn mir die ſervitus aquæ hauſtus auf des benachbarten ſeinem prædio zugeſtanden wor-

worden, und ich mir die Befugniß Waſſer zu ſchöpfen bediene, mein Nachbar aber dieſes von mir leidet: ſo wird dafür gehalten, daß mir die ſervitus quaſi tradirt ſey, und ich habe von dieſer Zeit an ein ius in re, und eine dingliche Klage wider einen ieden Beſitzer dieſes prædii. Eine Ausnahme findet ſich bei der ſervitute per ultimam voluntatem conſtituta; denn in dieſem Fall erlange ich ein dingliches Recht auch ohne die tradition, ſo bald als der teſtator verſtirbt (§. 329.): und daher kan die mir vermachte Gerechtigkeit ſogleich nach dem Tode des teſtatoris durch eine dingliche Klage gefordert werden. L. 80. D. *de Legat. II.* L. 64. D. *de ſervitut.* Endlich iſt auch noch zu mercken, daß wenn das prædium ſerviens in das Eigenthum des Beſitzers des prædii dominantis kömmt, alsdenn die ſervitus aufhören müſſe: L. 1. D. *quemadm. ſerv. amitt.* wobei doch aber die adquiſitio perpetua ſeyn muß. Denn wenn einer ein ſolches prædium ſerviens an ſich gebracht hat, bis auf Wiederkauf, nach etlichen Jahren: ſo muß alsdenn nach Verflieſſung derſelben die ſervitus wieder angehen. L. 18. D. *de ſervitut.*

§. 397. Es kan nun auch aus den bishero vorgetragenen erſehen werden, quis teneatur ad refectionem, ſi ſervitutem in re aliena habeam, & illa impediatur re deteriorata? z. E. Wenn ich das ius aquæductus in meines Benachbarten prædio gehabt habe, es ſind aber die Canäle wandelbar geworden, und müſſen reparirt werden, muß dieſes auf meine, oder meines Nachbars Unkoſten geſchehen? Darauf dienet zur Antwort, daß das prædium dominans allezeit gehalten ſey ad refectionem. L. 15. §. 1. D. *de ſervitut.* Die Urſache, warum dieſes geſchehen muß, lieget in unſern zweiten axiomate. (§. 395. II.) Denn ſervitus kan nicht beſtehen in faciendo, ſondern muß beſtehen, entweder in patiendo oder in non faciendo. Wenn nun aber ſerviens repariren müſte, ſo würde hier etwas gethan werden, adeoque non ſerviret: und daher iſt der Eigenthümer des prædii dominantis ſchuldig ad refectionem.

§. 398. Aus unſern dritten axiomate, daß die ſervitus untheilbar ſey, kan gar leicht die Frage aufgelöſet werden, an pro parte conſtitui poſſit ſervitus? Wir läugnen dieſes, weil das ius, als eine res incorporalis, keiner Theilung unterworffen iſt. Denn es würde ſehr abgeſchmackt herauskommen, wenn man einem die Helfte von dem Pfand-Recht, oder die Helfte von der ſervitute viæ, itineris, oder aquæ hauſtus geben wolte. Man würde nicht einmal verſtehen können, was dieſes ſeyn ſolte. Ein anders iſt, wenn wir fragen, ob nicht der uſus ſervitutis eine Theilung zulaſſe? Denn dieſes iſt allerdings zu bejahen, weil 1) ein ius kan getheilet werden ratione modi, z E. ich kan einem die ſervitutem viæ geben, aber nur dergeſtalt, daß er ſich eines Pferdes und keines Wagens bedienen kan. L. 4 §. 1. *de ſervitut.*

So

So gehet es auch an, 2) ratione temporum, z. E. ich gebe einem das ius pascendi, aber nur dergestalt, daß er sich desselben des Vormittages, oder eines Tages um den andern bedienen kan. L. 5. §. 1. D. *de servitut.*

§. 399. 401. Dieses, was wir bishero de servitutibus überhaupt vorgetragen haben, mag vorietzo genug seyn: nunmehro wollen wir von einer ieden servitute insbesondere handeln. Gleichwie wir nun dieselben eingetheilet haben in servitutes prædiorum urbanorum & rusticorum; also wollen wir auch hier diese Ordnung beibehalten und beobachten, und zuerst von den servitutibus prædiorum urbanorum handeln. Es sind aber dieselbe folgende: a) oneris ferendi, b) tigni immittendi, c) proiiciendi, d) protegendi, e) stillicidii vel fluminis recipiendi; vel non recipiendi, f) altius tollendi, vel non tollendi, g) luminum, & ne luminibus officiatur, h) prospectus, & ne prospectui officiatur. L. 2. L. 3. L. 4. D. *de servitut. urb. præd.* §. 1. *Inst. h. t.* Wir handeln also zuerst von der servitute oneris ferendi, welche darin bestehet, quando columna vicini, vel paries, onus ædium mearum sustinere tenetur. §. 1. *Inst. h. t.* L. 33. D. *de servitut. urb. præd.* Die vornehmste Frage hierbei ist, quis reficere teneatur columnam vel parietem servientem? Gemeiniglich antworten die Rechtsgelehrten darauf, das onus reficiendi müsse der dominus prædii servientis über sich nehmen, und berufen sich auf den L. 6. §. 2. D. *si servit. vindic.* Allein da dieses mit demjenigen streitet, was wir oben (§. 397.) erinnert haben: so pflegen sie diese servitutem anomalam oder irregularem zu nennen, welches doch ex L. cit. 6. nicht kan erwiesen werden. Denn allda wird nicht gefraget, an ordinarie dominus parietis teneatur ad refectionem? sed an ex pacto teneatur, si promiserit, se refecturum? Der berühmte Rechtsgelehrte, C. *Aquillius Gallus*, läugnete dieses aus dem Grunde, weil dergleichen pactum der Natur und Eigenschaft der servitutum gantz und gar entgegen wäre: andere aber sagten, es wäre dieses pactum gültig, weil der Eigenthümer der Wand sich zuzurechnen hätte, daß er etwas versprochen, und ihm auch überdem das ius derelinquendi parietem frei stehe, wenn er dieselbe nicht im Stand setzen wolte. Und dieses ist auch die beste und wahrhafteste Meinung, welche man hierin annehmen muß. Denn wer wolte doch wohl so einfältig seyn, und daraus einen Schluß machen, servientis prædii domino ordinarie incumbere onus refectionis, etiamsi id se suscepturum non promiserit. Man muß sich dahero wundern, wie so viele gelehrte Leute hierin haben anstossen können. Hr. HVBER *in Prælect. ad Instit. lib. II. Tit. III.* §. 6. steht in der Meinung, daß der dominus prædii servientis deswegen zur refection verbunden gewesen, weil dabei die stipulatio: *paries oneri ferundo, uti nunc est, ita sit,* vorgegangen. L. 33. D. *de serv. urb. præd.* Allein auch diese Meinung kan

nicht angenommen werden, weil bei andern ſervitutibus die ſtipulationes ebenfalls gebrauchet wurden, wie dieſes BARNABAS BRISSONIVS *lib. I. Antiq. Select.* c. 19. ausführet, und es ſich bei denſelben ratione refectionis doch anders verhalten. Die Urſache aber lieget darin, weil ſolches von den Benachbarten mehrentheils pflegte ſtipulirt zu werden, *ut reficeret lapide quadrato vel lapide ſtructili*, wie aus dem L. 6. §. 2. & 5. D. *ſi ſervitut. vindic.* zu erſehen iſt.

§. 402. Die zweite ſervitus prædiorum urbanorum iſt die ſervitus tigni immittendi, quo vicinus pati cogitur, ut vicini tignum, ſuo parieti immiſſum, in eo requieſcat. L. 20. D. *de ſervitut. præd. urban.* L. 242. §. 1. D. *de Verb. Sgnif.* Durch tignum wird hier eine iede Materie verſtanden, deren wir uns zum Bauen bedienen, und alſo wird unter tignum ſowol Balcken, als auch Steine, Eiſen u. d. m. verſtanden L. 1. D. *de tign. iunct.* HVBER *Prælect. ad Inſt. Lib. II. Tit. III.* § 6 Daraus erhellet, auf was Art dieſe ſervitus von der vorhergehenden unterſchieden ſey. Denn bei jener ruhet das Gebäude auf des Nachbars Säule oder Wand, bei dieſer aber wird nur etwas von meinen Gebäude hinausgeleget. Damit man dieſe Sachen recht verſtehen möge, ſo iſt zu mercken, daß die alten Römer aus Furcht vor Feuers-Gefahr ihre Häuſer dergeſtalt baueten, daß zwiſchen denſelben einiger leerer Raum gelaſſen wurde, welcher in LL. XII. *Tabb.* ambitus hieſſe. Davon ſaget VARRO *de Lingua Latina. lib. IV.* c. 4. *Ambitus, iter, quod circumeundo teritur. Nam ambitus circuitus; ab eoque* XII. *Tabularum Interpretes ambitum parietis circumitum eſſe deſcribunt.* Und FESTVS voce *ambitus* p. 250. *Ambitus propriè dicitur inter vicinorum ædificia locus duorum pedum & ſemipedis, ad circumeundi facultatem relictus.* Und kurtz darauf ſchreibet er weiter: *Ambitus propriè dicitur circumitus ædificiorum, patens in latitudinem pedes duos & ſemiſſem, in longitudinem idem, quod ædificium.* Solches erläutert eine alte Inſchrift bei BRISSONIO *lib. I. Antiq. Sel.* c. 2.

INTER. DVOS.
PARIETES.
AMBITVS. PRIVAT.
FLAVI. SABINI.

Es war alſo bei den Alten nicht erlaubet, die Häuſer an einander zu bauen, und dahero konte auch nicht leicht die ſervitus tigni immittendi ſtatt finden. Nachdem aber die Zahl der Bürger in Rom ſich ſehr gemehret hatte, und die alten Mauern der Stadt nicht mehr hinlänglich waren, eine ſo groſſe Menge Häuſer in ſich zu faſſen: ſo wurden nicht allein die Mauern weiter hinausgeführet, ſondern es wurden auch faſt auf alle leere Plätze Häuſer gebauet, alſo, daß nur zwiſchen einigen ein gewiſſer Raum verbliebe. Welche Häuſer nun durch eine gemeine Wand umſchloſſen wurden, die wurden inſulæ

ſulæ genennet. FESTVS voce *Inſulæ* p. 302. Daher klaget SENECA *lib. II Controv.* c. 9 *tantas ſuo tempore fuiſſe viarum angustias, ut neque adverſus ignem præſidium, neque ex ruinis ullam in partem effugium fuerit.* Nachdem man nun angefangen hatte die Häuſer ohne Zwiſchenraum aneinander zu bauen: ſo wurden auch die ſervitutes oneris ferendi und tigni immittendi bei den Römern bekannter. *Nero* hat endlich die alte Weiſe wieder in Gang zu bringen geſuchet, und befohlen, daß die Häuſer nicht ſolten an einander gebauet werden, wie TACITVS *lib. XV. Annal.* c. 42. davon Bericht erſtattet. Nachgehends ſetzten die Keiſer *Antoninus* und *Lucius Verus* in L. 14. D. *de Servitut. urb. præd. In area, quæ nulli ſervitutem debet, poſſe dominum vel alium ejus voluntate ædificare, interminſo legitimo ſpatio a vicina inſula.* Was die Keiſer *Conſtantinus* M. und *Theodoſius* M. deswegen verordnet haben, daß lieſet man in L. 4. & L. 46. *Cod. Theodoſ. de oper. publ* L. *ſi cui* & L. *Mæniana. Cod. de Ædif. privat.* Beſiehe auch davon BRISSONIVM *lib. I. Antiqu. Sel.* c. 2. und IAC. CVIACIVM *lib. I. Obſerv.* c. 4.

§. 403. Hier kommen wir auf die ſervitutem proiiciendi, quæ eſt ius in prædio vicini, ut tignum noſtrum ſuper fundum ſuum provehi patiatur, quamquam in nulla parte fundi requieſcat. L. 242. §. 1. D *de Verb. Signif.* Dergleichen partes proiectæ werden moeniana und ſuggrundia d. i. Erker genennet. Die vierte ſervitus prædiorum urbanorum iſt ſervitus protegendi, und wir definiren dieſelbe, daß ſie ſey ius, protectum ſuper alienum ſolum habendi. L. 2. D. *de Serv. præd. urb.* L. 242. § 2. D. *de Verb Signif.* Wir nennen aber protectum ein Wetter Dach, welches zu Abhaltung des Regens an einem Hauſe befeſtiget wird, damit der Wand kein Schade geſchehe.

§. 404. Hier wird gehandelt von der ſervitute ſtillicidii recipiendi, & non recipiendi, wir nennen es das Trauf-Recht: ſodann von der ſervitute fluminis recipiendi & non recipiendi. Servitus ſtillicidii, vel fluminis recipiendi eſt ius, quo vicinum prædium tenetur recipere ſtillicidium vel flumen noſtrum in tectum vel aream ſuam. L. 2. D. *de ſerv urb. præd.* Servitus ſtillicidii vel fluminis non recipiendi eſt ius, quo vicinus ſtillicidium vel flumen ex ædibus ſuis in aream vel tectum vicini avertere prohiberur, quum id per ſtatutum liceat. Stillicidium und flumen ſind zwei unterſchiedene Dinge, und differiren von einander, ut maius & minus. Stillicidium wird genennet das Waſſer, welches tröpfelnd vom Dache herabläuft, flumen aber iſt das Waſſer, welches von dem Dache in Rinnen herabläuft. In ſtillicidio träufelt das Waſſer gantz ſachte: in flumine aber ſchieſſet es mit einem Geräuſche herab. Alſo ſind die ſervitutes ſtillicidii & fluminis wegen des Regen-Waſſers eingeführet worden. Deren Unterſchied, von welchen wir geredet haben, VARRO *de lingua latina lib. IV.* c. 5. p. 8. beſchreibet: *Fluvius quod fluit,*

item flumen: a quo lege prædiorum urbanorum ſcribitur: ſtillicidia fluminaque ut ita fluunt, cadantque. Inter hæc hoc intereſt, quod ſtillicidium, eo quod ſtillatim cadat: flumen, quod fluat continue. Da bei den Römern die Häuſer keine ſchrägen Dächer hatten, ſo muſten dieſelben in der Höhe viele Rinnen haben, welche das Waſſer auffingen und herunterfallen lieſſen. GVIL. PHILANDR. *ad* VITRVVII *lib. VII. de architect. c.* 4. Noch haben wir hier zuerinnern, daß die ſervitus ſtillicidii vel fluminis non recipiendi auch alſo kan definirt werden, quod ſit ius, quo quis ſtillicidium vel flumen ſuum in ſuam aream recipere non poteſt, ſed in noſtram avertere, & aquam pluviam noſtris uſibus relinquere tenetur. Der Nutzen dieſer Gerechtigkeit äuſſert ſich ſonderlich an denjenigen Orten, wo man nicht viel Waſſer hat, und daſſelbe wohl gar kaufen muß, wovon ein Exempel in L. 14 D. *de alimenr. & cibar. Legat* zu leſen iſt.

§. 405. Hier kommen wir auf die ſervitutem altius non tollendi, welche wir definiret, daß dieſelbe ſey ius, quo vicinus in commodum vicinarum ædium ſuas altius tollere prohibetur. §. 1. *Inſt. h. t.* L. 2. D. *de Serv. urb. præd.* Der Nutzen dieſer Gerechtigkeit äuſſert ſich vornemlich, wenn ich in den Giſel des Hauſes Fenſter habe, und dieſelben verdunckelt werden, wenn dem Nachbar ſein Haus höher bauen will. In den alten Zeiten konte zu Rom einer ſein Haus ſo hoch bauen als er wolte, worin er ſich ſeiner natürlichen Freiheit bedienete, wenn er nur nicht etwas über eines andern Grund und Boden legete. L. 9. L. 24. D. *de ſerv. urb. præd.* L. 26. D. *de damn. infect.* L. 8. §. 5. D. *de ſerv. vindic.* Weil aber dadurch einem andern die Ausſicht und das Licht benommen wurde, der andere auch auf ſolche Art die freie Luft nicht genieſſen konte, ſo ſtipulirte ſich öfters einer von dem andern, ſein Haus nicht höher zu bauen: und daher entſtunde die ſervitus altius non tollendi. Nachhero aber wurde durch ein Geſätz verordnet, wie hoch einer bauen ſolte. Schon zu den Zeiten der freien Republik muß davon etwas ſeyn verordnet worden, weil, wie wir aus SVETONIO in *Auguſto* c. 89. erſehen, der Keiſer *Auguſtus* eines gewiſſen Mannes *Rutilii* Rede bei dem Rath zu Rom gehalten *de modo ædificiorum*, wobei er dargethan, daß er nicht der erſte geweſen, welcher dieſe Sache getrieben, ſondern daß ſchon die Alten davor Sorge getragen hätten. Damit nun der Keiſer *Auguſtus* ſeinen Endzweck erreichen möchte: ſo gab er ein Geſätz, daß niemand über ſiebenzig Fuß hoch bauen ſolte. Es hat uns dieſes STRABO *lib. V. Geograph.* p. 162. aufgezeichnet, alwo er alſo ſchreibet: *Ruinis quoque ſubventurus, nimiam ædificiorum altitudinem ſuſtulit, vetuitque ad vicos publicos altius ſeptuaginta pedibus tollere.* Nachdem die Stadt Rom unter *Nerone* abgebrannt war: ſo hat dieſer Keiſer ebenfalls die alzugroſſe Höhe der Häuſer verbothen, wie TACITVS *lib. XV. Annal.* c. 42. davon ein Zeuge iſt:

iſt: obgleich nicht gemeldet wird, was eigentlich hiervon verordnet worden. Hernach kam der Keiſer *Traianus*, und ſetzte, daß die Häuſer nicht über ſechtzig Fuß hoch ſolten gebauet werden. AVRELIVS VICTOR. *Epit. vit. Traian.* c. 13. und gewiß, dieſe Höhe iſt mehr als zu groß geweſen. Daher denn auch SENECA *lib. II. Controv.* c. 9. darüber nicht unbillig Klage führet: obgleich VITRVVIVS *de Architectura lib. II.* c. 9. ſolches mit der Nothwendigkeit und der Menge der Bürger zu entſchuldigen ſuchet. Dem mag aber ſeyn, wie ihm will: ſo haben es doch die Nachkommen bei dieſer Weiſe bewenden laſſen, daher denn auch die Keiſer *Severus* und *Antoninus* darauf ihre Abſicht richten in L. 1. *Cod. de ædific. privat.* Und daß auch zu Conſtantinopel dergleichen Geſätz beobachtet worden, ſolches hat OISELIVS ad CAII *Inſtitutiones lib. II Tit. I.* §. 3. wohl angemercket. Wenn dahero einer über die vorgeſchriebene Weiſe ſein Haus höher bauen wolte: ſo muſte er, weil ſolches nicht erlaubet war, von ſeinem Nachbar dieſe Freiheit erhalten. L. *penult.* §. 1. *Cod. de ædific. privat.* Und daraus iſt nun die ſervitus altius tollendi entſtanden. VINNIVS *in Comment. Inſt ad* §. 1. *h. t.* & §. 2. *de Action.* Einigen iſt dieſe Sache zu begreifen ſehr ſchwer vorgekommen, weil ſie geſagt haben, daß es ja in eines ſeiner natürlichen Freiheit beruhe, ſein Haus ſo hoch zu bauen, als er nur wolle. Und daraus haben ſie ferner geſchloſſen, wenn einem nach ſeiner natürlichen Freiheit erlaubet iſt, ſein Haus ſo hoch zu bauen, als es ihm gefällig iſt: ſo hat er ja nicht nöthig, dieſe Freiheit erſt von ſeinem Nachbar zu erhalten. Daher meinet der Hr. PAGENSTECHER *in Sicilimen. manip.* 3. p. 70. daß, wenn ich das Recht hätte, eines andern Hauſe eine contignation aufzulegen: ſo wäre dieſes die ſervitus altius tollendi. Welches, daß es zuweilen geſchehen ſey, derſelbe aus dem L. 2. *prine.* D. *de ſerv. ruſt. præd.* und L. 24. D. *de ſerv. urb præd.* beweiſet. Allein dieſer gelehrte Mann hat ohne allen Zweifel hier geirret. Denn wenn ich eine contignation auflegen kan: ſo iſt dieſes keine ſervitus altius tollendi, ſondern ſervitus oneris ferendi, wie wir oben (§. 400.) geredet haben. Dahero die Meinung derjenigen viel wahrſcheinlicher iſt, welche dafür halten, daß ein ſtatutum civitatis gemachet worden, worin man geſetzet, daß niemand wider Willen ſeines Nachbarn ſein Haus höher bauen ſolte, als auf eine geſetzte Höhe. Wenn dahero ein Nachbar von dem andern dieſe Freiheit erhielte: ſo nennte man dieſes ſervitutem altius tollendi. Und hiervon haben wir eben kurtz vorher ausführlich gehandelt.

§. 406. In dieſem §pho wird von der ſervitute luminum, und der andern, ne luminibus officiatur geredet. Damit dieſe zwo ſervitutes recht mögen verſtanden werden; ſo hat man dabei folgendes zu mercken. 1) Niemand kan Fenſter machen, als in ſeiner Wand: 2) es kan ein ieder zwar in ſeiner Wand ſo viel Fenſter machen, als er will, es ſtehet aber dem

Nachbar frei, daß derſelbe etwas davor bauen kan. L. 8. §. 5. D. *ſi ſerv. vindic.* L. *ult.* D. *de ſervitut.* Wenn dahero ein Nachbar von dem andern erhält, daß er in deſſelben Wand Fenſter machen darf; ſo iſt dieſes ſervitus luminum. Und dahero haben wir dieſelbe definirt, eſt ius cogendi vicinum, ut feneſtras noſtras in ſuo vel communi pariete excipiat. L. 4. L. 4. D. *de ſerv. urb. præd.* Wenn ich aber in meiner Wand Fenſter habe, welche in des Nachbarn Hof gehen, und derſelbe mir verſprochen hat, daß er ſelbige nicht verbauen wolte: ſo heiſſet dieſes ſervitus ne luminibus officiatur. Daher wir davon folgende definition geben: eſt ius prohibendi vicinum, quo minus in ſuo ad minuenda vel obſcuranda lumina noſtra facere poſſit. L. 4. L. 15. L. 17. *princ.* §. 1. L. 23. D. *eod.* Es kömmt eben dieſe ſervitus von der alten Weiſe der Römer her, welchen ſehr daran gelegen war, daß ihre Höfe an den Häuſern geſchloſſen waren, damit niemand dahinein ſehen möchte, und daß ſie ohne einige Aufſeher in denſelben herumgehen könten. Daher verſprach jener Baumeiſter dem *Druſo*, daß er ihm ſein Haus dergeſtalt bauen wolle, daß niemand dahinein ſehen ſolte, wie dieſes VELLEIVS PATERCVLVS *lib. II* c. 14. erzehlet. Es war dahero bei den Römern einem ieden erlaubet, des Nachbars Fenſter, die in ſeinen Hof gingen, zu verbauen, es wäre denn geweſen, daß ſich der andere von jenen ſtipuliren laſſen: lumina, uti nunc ſunt, ita ſint. BRISSONIVS *lib. I. Antiquit. Select.* c. 19. Und daraus iſt nun die ſervitus luminum entſtanden. Bisweilen pflegte man ſich auch zu vertragen, daß der Nachbar ohne des andern Nachbars Willen keine Befugniß haben ſolte, höher zu bauen, um dadurch nicht etwa das Licht zu benehmen. L. 3. D. *de ſerv. urb. præd.*

§. 407. Von dieſen iſt unterſchieden ſervitus proſpectus, und ſervitus ne proſpectui officiatur. Servitus proſpectus eſt ius in prædium vicini proſpiciendi. L. 12. L. 16. D. *de ſerv. urb. præd.* Wenn mir aber dieſes zu thun nicht erlaubet iſt, ſondern mir der Nachbar verſpricht, daß er mir dieſe Ausſicht nicht nehmen will; ſo wird dieſes ſervitus ne proſpectui officiatur genennet, wovon wir die definition gegeben haben, eſt ius prohibendi vicinum, quominus quidquam ad impediendum hunc proſpectum facere poſſit, L. 3. L. 15. D. *eod* Inzwiſchen iſt inter ſervitutes luminum & proſpectus ein gar mächtiger Unterſchied. Denn 1) bei der ſervitute luminum müſſen die Fenſter geſchloſſen ſeyn, und öfters eiſerne Gitter haben: hingegen bei der ſervitute proſpectus müſſen ſie offen ſeyn. 2) Bei der ſervitute luminum wird erfordert, daß das prædium nahe liege: hingegen kan die ſervitus proſpectus auch von einem entfernten Orte gegeben werden. Die ſervitus luminum wird durch die davor ſtehenden Bäume nicht gehindert: aber

aber die Aussicht wird durch die Bäume allerdings gehindert. L. 12. D. *de serv. urb. præd.*

§. 408. 410. Bisher haben wir von den servitutibus prædiorum urbanorum umständlich gehandelt: nunmehro müssen wir auch etwas von den servitutibus prædiorum rusticorum reden. In gegenwärtigen §§phis ist die Rede von drei servitutibus prædiorum rusticorum, welches folgende sind: α) Iter, β) Actus, γ) Via. Alle drei bestehen darin, daß ich durch eines andern seinen fundum einen Weg nehmen kan. Iter hat seinen Namen ab eundo, Actus ab agendo, und Via ab vehendo bekommen, wie VARRO *de lingua latina lib. IV*, c. 4. p. 7. dieses wohl erinnert. Wir wollen nun aber auch die definitiones davon ansehen, welches folgende seyn. Iter est ius eundi, ambulandi hominis, non etiam iumentum agendi vel vehiculum. L. 1. *princ.* D. *de serv. rust. præd. princ. Inst. h. t.* Actus est ius agendi iumentum, vel vehiculum, non tamen onustum. L. 1. *princ.* L. 2. D. *de ser. rust. præd. princ. Inst. h. t.* Via denique est ius vehundi, agendi, ambulandi & vehicula onusta per alterius fundum ducendi. L. 1. *princ.* L. 7. D. *eod.* Diese servitutes sind von einander sehr unterschieden, 1) usu: wenn ich servitutem itineris habe, so kan ich durch des andern fundum gehen, aber ich kan kein beladen Thier durchtreiben, noch durchführen. Wenn ich servitutem actus habe, so kan ich dadurch gehen, und kan auch ein Last-Thier, oder einen Wagen durchfahren, welcher doch nicht beladen seyn darf. Wenn ich die servitutem viæ habe, so kan ich alsdenn über des andern sein prædium mit geladenen Wagen fahren, und ist mir auch erlaubt, dadurch zu gehen, und ein Last-Thier durch zu führen. Wer die andere servitutem hat, der hat auch die erste, und wer die letzte hat, der hat die beeden ersten. L. 13. §. 1. D. *de acceptilat.* Bisweilen stipulirten sich die Römer iter & actum zugleich, wie aus einer Inschrift bei GRVTERO *in Corp. inscript.* p. 201. *inscript. III.* erhellet:

PER. HANC.
VIAM. FVNDO
C. MARCI. CL.
PHILERONIS.
ITER. ACTVS
DEBETVR.

Woraus zu ersehen ist, servitutes non hominum sed prædiorum esse, welches auch unsere Rechte einschärfen in L. 20. §. *ult.* D. *de serv. præd. rust.* L. 86. D. *de Verb. signif.* GERARDVS NOODT *lib. I. Probabil.* c. 2. p. 4. seqq.

Da-

Damit aber niemand auf die Gedancken gerathen möge, als ob die servitus viæ von der servitute actus nicht unterschieden sey, so hat der Hr. BYNKERSHOEK *lib. IV. Observ* c. 7. p. 365. wohl angemercket, daß wenn einem erlaubet, vehiculum agere: so sey dieses nicht von einem geladenen Wagen, sondern von einer Schiebe-Karre zu verstehen. Und diese Muthmassung des Hrn. BYNKERSHOEK ist deswegen hoch zu schätzen, ie dunckler sonst die definitiones dieser servitutum seyn, welche VLPIANVS in L. 1. D. *de servit. rust. præd.* beibringet. Es könnte derselben auch zu statten die Breite des Weges, welche vier Fuß haben muste, die gewiß nicht hinlänglich, daß man mit einem bespanten oder beladenen Wagen dadurch fahren könte. Ferner sind diese servitutes 2) von einander unterschieden, quantitate spatii. Welcher servitutem viæ hat, der hat acht Fuß in porrectum, und sechzehen in anfractum. L. 8. D. *de serv. præd. rust.* VARRO *de lingua latina. lib. VI.* c. 2. p 48. Woraus wir lernen, daß dieses aus den LL. XII. *Tabb* herkomme, in welchen verordnet: *Via in porrecto VIII. P. In anfracto XVI. P. lata est.* Besiehe IACOBVM GOTHOFREDVM *ad* LL. XII. *Tabb. Tab. VIII.* Dabei muste auch eine solche Höhe seyn, daß man eine in die Höhe gerichtete Lantze durchtragen konte, damit ein beladener Wagen frei und ungehindert durchpaßiren möchte. Wenn dahero an einem solchen Orte Bäume stehen, deren Zweige die Fahrt hindern können, so kan man dieselbe so weit abhauen, als es die Höhe erfordert. Dieses war das spatium viæ. Wer die servitutem actus hatte, da muste der Weg vier Fuß breit seyn, welches wir aus VARRONE *de lingua latina. lib. IV.* c 4. p. 6. und FESTO voce *Actus* p. 243. erlernen können. Wie breit der Weg seyn müssen, wenn einer die servitutem itineris gehabt, solches ist heut zu Tage nicht mehr bekannt: es ist doch aber gar wahrscheinlich, daß die Breite zwei oder drei Fuß gewesen sey. Hierbei ist noch zu mercken, daß bei dem actu und via es bisweilen auf die Contrahenten angekommen, ob sie sich wegen eines grössern Raums haben vergleichen wollen. L. 23. D. *de serv. præd. rust.* Endlich sind auch diese servitutes von einander unterschieden 3) mutua relatione. Welcher viam hat, der hat auch actum und iter; wer actum hat, der hat auch iter, aber nicht viam: wer iter hat, der hat weder actum, noch viam. Die Ursache lieget in L. 21. D. *de reg. iur. non debet, cui plus licet, quod minus est non licere.*

§. 411. 412. Die übrigen servitutes prædiorum rusticorum können aus ihren Namen gar leichte verstanden werden, als servitus aquæ haustus est ius aquam ex alieno puteo, vel fonte perenni, ad prædii nostri utilitatem hauriendi. L. 5. §. 1. L. 9. D. *de serv. præd. rust.* Wir gedencken dabei des prædii dominantis, weil, wenn diese servitus nicht dem prædio, sondern der Person zugestanden ist, keine servitus realis, sondern personalis ist. L. 14.

§. 3.

§ 3. D. *de aliment. & cibar. leg.* Vor dieſe aber iſt in dubio nicht die Vermuthung. L. 20. §. 3. D. *de ſervitut. præd. ruſt.* Der Herr HVBER in *Prælect. ad Inſtit. h. t.* hat daran gezweifelt, und zwar aus dem Grunde, weil nur vier ſervitutes perſonales wären. Allein wir können auch dieſe ſervitutem, wenn ſie perſonalis iſt, ad uſum referiren, weil dieſelbe dem Nachbar gegeben wird, daß er ſich ſelbiger nach Nothdurft bedienen ſoll. Servitus aquæductus oder die Waſſerleitung beſtehet in iure aquam ad prædium noſtrum per fundum alienum ducendi. L. 1. *princ. de ſervitut. præd. ruſt.* Und dieſes geſchahe vel per canales ſtractiles, vel fiſtulis plumbeis, vel tubulis fictilibus, wie VITRVVIVS *lib. VIII. de Architectura* c. 7. davon Bericht erſtattet. Dieſe aquæductus waren vel publici, vel privati. In der Errichtung der erſtern waren die Römer ſehr prächtig und verſchwenderiſch, welches die Ueberbleibſel noch zeigen können, die man nicht ohne Erſtaunen anſiehet. In Aufrichtung der Waſſerleitungen, welche die privati anlegeten, wurden die Unkoſten eben ſo wenig geſparet, indem ſie das Waſſer in alle Gemächer leiteten, und in denſelben Gruben machten, daß ſie ſich unter der Mahlzeit mit dem Fiſch-Fang beluſtigen konten, wovon SENECA *lib. I. Nat. Quæſt. in præf. lib. III.* c. 17. und *de tranquillitate animi* c. 1. PLINIVS *lib. V. ep.* 6. Exempel anführen. Weil nun das Waſſer öfters von weiten, und durch eines andern Grund muſte geleitet werden: ſo hat dieſes zur ſervitute aquæductus Gelegenheit gegeben. Es folget die ſervitus pecoris ad aquam adpulſus, oder die Vieh-Tränke, welche beſtehet in iure pecora prædii noſtri ad aquam alterius adpellendi. L. 5. §. 1. *de ſervitut. præd. ruſt.* Servitus paſcendi, die Vieh-Trift oder Vieh-Weide, eſt ius pecora prædii noſtri in alieno fundo, in perpetuum prædio noſtro conſtitutum. L. 4. D. *de ſervitut. præd ruſt.* Von dieſem iure paſcendi iſt das ius compaſcui, die Koppel-Weide, unterſchieden. Das erſte iſt eine ſervitus, und muß beſtändig bleiben: das andere iſt ein precarium, welches die Nachbarn einander zuſtehen, und kan allezeit wiederrufen werden. Das erſte iſt, daß ich auf meines Nachbars Feldern hüte, er aber nicht auf meinen Feldern hüten darf: das andere aber geſchiehet auf beiderſeitigen Feldern. STRYK *in Vſu moderno Pandectarum lib. VIII. Tit. III.* §. 15. Bei dem iure paſcendi kömmt die Frage vor, wenn viel Vieh da iſt, wer daſſelbe abſchaffen ſoll? Etliche ſagen, pecora prædii ſervientis müſten vorgehen: hingegen meinet LAVTERBACH in *Collegio Theoretico Practico lib. VIII. Tit. III.* § 9. Daß die pecora prædii dominantis vorgehen müſten. Allein heut zu Tage in praxi wird es ſo gehalten, daß man einen Ueberſchlag macht, wie viel Vieh von beiden auf den Aeckern weiden ſoll. Es pfleget auch dieſes ius paſcendi bisweilen gemäßiget zu werden, z. E. daß einer das Vieh nicht ſoll weiden laſſen bei geſchloſſe-

nen Zeiten, oder daß nur etwa eine gewiſſe Art Vieh z. E. Schaafe, nicht aber Schweine ſollen geweidet werden. In übrigen iſt es eine bekannte Sache, daß dieſe ſervitus andern kan verpachtet werden. STRYK *in Vſu Moderno c. l.* Servitus calcis coquendæ beſtehet darin, quando ex vicini agro lapides, coquendæ calci aptos, eximere poſſim. Servitus arenæ fodiendæ beſtehet darin, ſi mihi ex vicini fundo arenam fodere licet. Servitus cretæ eximendæ iſt, ſi cretam effodere ex alieno fundo poſſum. L. 1. §. 1. *de ſervit. præd. ruſt.* Weil aber das Recht Mineralien und Metalle zu ſuchen heut zu Tage zu den Regalien gezählet wird: ſo gehet es heut zu Tage nicht an, daß einer dem andern eine ſolche ſervitutem cretæ fodiendæ geben darf, wovon HERTIVS in diſſ. *de ſuperioritate territoriali* §. 46. handelt. Es kommen aber noch andere ſervitutes vor, z. E. ius pedamenta ſumendi, wenn ich das Recht habe, in eines andern fundo Hopffen-Stangen zu hauen, ius fructus cogendi, coactosque habendi in alterius villa, d. i. wenn ich des andern Scheure gebrauchen darf. L. 3. §. 1. D. *de ſervitut. præd. ruſt.* Ferner ius uvas in alieno torcular exprimendi, wenn ich in eines andern ſeiner Wein-Kelter meinen Wein keltern darf. L. 14. D. *de aliment. & cibar. leg.* Ius aves capiendi in fundo alieno, den Thonen-Stieg, wenn der andere leiden muß, daß ich auf ſeinem fundo Vögel fange. L. 16. D. *de ſervitut. præd. ruſt.* Ius ſterquilinium, ad alienum parietem poſitum, habendi. L. 17. §. 2. D. *ſi ſerv. vindic.* Dieſes letzte aber wird nach den Teutſchen Rechten nicht zugeſtanden, als in welchen verſehen iſt, daß die heimlichen Gemächer und Miſt-Gruben, und dergleichen Behältniſſe der Unreinigkeiten, zum wenigſten drei Fuß von des Nachbars Wand entfernet ſeyn ſollen. Es können pro diverſa rei ruſticæ ratione unzählige ſervitutes eingeführet werden: allein es mag bei dem angeführten ſein Bewenden haben. Noch iſt hierbei zu mercken, daß bei den prædiis ruſticis man wohl acht haben müſſe auf die Verträge, wodurch die ſervitutes eingeführet worden. Denn wenn z. E. ich die ſervitutem aquæ hauſtus meines Nachbars Gute zugeſtehe: ſo iſt dieſes eine ſervitus prædialis. Hingegen, wenn ich ſolches nur der Perſon meines Nachbars verſpreche: ſo iſt es eine ſervitus perſonalis. Im erſten Fall bleibet dieſes Recht bei dem Gute beſtändig: im letztern Fall aber höret es mit der Perſon auf. Im übrigen können von dieſen Sachen nachgeleſen werden CVIACIVS *lib. XXII. Obſerv.* c. 35. VLRICVS HVBERVS *lib. II. Digreſſ.* c. 12. ſeqq. AEGIDIVS MENAGIVS *in Amen. iur.* c. 36. und CORNELIVS VAN BYNKERSHOEK *lib. IV. Obſerv.* c. 7.

§. 413. Es iſt in dieſen §pho noch übrig zu betrachten, auf was Art und Weiſe die ſervitutes geendiget werden? Es ſind dieſelben zwar kein ius momentaneum, ſondern perpetuum, wie alle iura in re (§. 333. I.): aber zufälliger Weiſe kan es doch geſchehen, daß die ſervitutes ihre Endſchaft erreichen.

chen. Solches träget ſich zu 1) conſolidatione. Conſolidatio wird genennet, quando idem eſt utriusque prædii dominantis & ſervientis dominus: denn da muß alsdenn die ſervitus nothwendig aufhören, nach dem principio, welches wir oben (§. 392.) gegeben haben: res propria nemini ſervit. Hernach wird auch die ſervitus aufgehoben 2) remiſſione. Denn da die ſervitutes zum Nutzen und Vortheil des prædii dominantis zugeſtanden werden (§. 392.), ein ieder aber ſich des Rechts, welches zu ſeinem faveur eingeführet worden, begeben kan: ſo folget daraus, daß der Eigenthümer des prædii dominantis ſein Recht, welches er aus dem Vertrage ſich erworben hat, aufgeben kan, wodurch alsdenn die ſervitus aufhört. 3) Wird die ſervitus geendiget non uſu X. annorum inter præſentes, & XX. inter abſentes. Denn dieſes iſt überhaupt von allen iuribus zu mercken, daß ſie durch die Verjährung können erlanget, und auch wieder verloren werden. Aber bei den ſervitutibus prædiorum urbanorum iſt dieſes etwas beſonders, daß bei denſelben der non uſus nicht genug iſt, ſondern noch daneben erfordert wird, daß der andere muß uſucapirt haben. Wenn ich dahero das ius tigni immittendi auf meines Nachbars prædio habe, und mein Haus durch eine Feuers-Brunſt verzehret worden: ſo iſt dieſes nicht hinlänglich, daß ich meine ſervitutem verliere, wenn ich dieſelbe in zehen Jahren nicht ausgeübet habe, ſondern der andere muß das Loch verſtopfet haben, und wenn ich dieſes zehen Jahr geduldet, verliere ich meine Gerechtigkeit. L. 6. L. 7. D. *de ſervitut. præd. urb.* L. 18 §. 2. D. *quemadm. ſervitut. amitt.* Es erlöſchet auch die ſervitus 4) interitu prædii ſervientis. L. 14. D. *quemadm. ſerv. amitt.* Denn weil die ſervitus ein ius in re iſt §. 392.): ſo folget daraus, daß wenn die Sache aufhöret zu ſeyn, nothwendig auch das Recht, ſo darin gegründet iſt, hinweg fallen müſſe. Wenn aber das prædium in ſeine vorige Geſtalt wieder geſtellet werden ſolte: ſo wird auch die ſervitus wieder hergeſtellet, es müſte denn ſeyn, daß dieſelbe unterdeſſen durch eine Verjährung aufgehoben worden. L. 20. §. 2. D. *de ſerv. præd. urb.* L. 13. *prine.* D. *de ſerv. præd. ruſt.* Z. E. Meines Nachbars fundus, worauf ich die Weide gehabt, iſt von dem Waſſer überſchwemmet, und zu einem See gemacht worden: wenn das Waſſer aber ſolte wieder abgeleitet werden, ſo müſte alsdenn auch die ſervitus wieder hergeſtellet werden. Es wäre denn dieſelbe verjähret.

Tit. IV.

De Vſufructu.

§. 414 • 416.

Wir haben oben (§. 392.) geſaget, daß bei einer ieden ſervitute die Sache diene; und zwar, wenn eine Sache der Perſon Dienſte leiſtete, ſo wurden dieſes ſervitutes perſonales genennet, welches waren uſusfructus, uſus, habitatio, & operæ ſervorum. Si vero res rei ſerviat, ſo entſtehen daraus die ſervitutes roales oder prædiales. Von den ſervitutibus realibus oder prædialibus iſt oben umſtändlich gehandelt worden (*Tit. III.*): und dahero wird nun vornemlich von den ſervitutibus perſonalibus, und zwar in dieſem Titel *de Vſufructu*, von den andern aber in folgenden gehandelt werden. Was uſusfructus ſey, das wird uns von dem Rechtsgelehrten IVLIO PAVLLO in L. 1. D. *de uſufructu*, beſchrieben, nemlich: *uſusfructus eſt ius, rebus alienis utendi fruendi, ſalva earum ſubſtantia.* Einige Rechtsgelehrte halten ſich über dieſe definition ſehr auf, und ſagen, deß dieſelbe mangelhaft ſey. Denn ſie ſprechen, es würde darin idem per idem beſchrieben, und wenn wir alſo das Wort uſusfructus höreten: ſo wären wir eben ſo klug, wenn wir in der definition höreten, uſusfructus eſt ius utendi fruendi. Allein dieſe Leute haben keine Urſache, die definition zu tadeln, welche nicht ſchöner ſeyn könte, wenn nur die Worte recht verſtanden werden. Es iſt eine gemeine Gewohnheit, daß die Ausleger, wenn ſie über eine Stelle kommen, die ſie nicht verſtehen, alsdenn über *Iuſtinianum* oder *Tribunianum*, oder einen andern alten Rechtsgelehrten herfallen, und anfangen zu tadeln: faſt auf eben die Art, wie jener, da er einen legem, wovon PAVLLVS Urheber war, nicht verſtehen konte, ſagte, *malevolus ille Paullus hic adeo obſcure loquutus eſt, ut ſi illum haberem, per capillos interrogarem.* Wir wollen aber ſehen, was die Alten unter uti, und frui verſtanden haben. Vti heiſſet, ex re utilitatem percipere, quantum exigit neceſſitas, & ut ſalva maneat rei ſubſtantia. Daher kommen bei dem uſu dreierlei vor, α) ut utentis neceſſitate finiatur, β) ne rei conditio mutetur, δ) ut res utendo non conſumatur, aut pereat. Von dem erſten redet HORATIVS *Epiſt. II. 2. v. 190.*

Vtar & ex modico, quantum res poſcit, acervo
Tollam.

Von dem zweiten handelt der L. 15. §. 15. D. *de uſufr.* Das dritte erkläret DONATVS *in* TERENTIVM *Prolegom. Andr. Vtimur fructibus rei, quæ ab amantibus*

tibus ſalvo uſu nobis ſubminiſtrantur: abutimur, quando deperdimus rem & fructum, uſui eſt ager, domus: abuſui vinum, oleum & altera huiusmodi. Frui hingegen hat ſchon einen weitläuftigern Verſtand, und heiſſet omnia percipere, quæ ex re proveniunt, ſive ad neceſſitatem pertineant, ſive ad utilitatem, ſive ad voluptatem. Dieſes erhellet deutlich aus einer ſchönen Stelle des SENECÆ *de vita beata.* c 10. daher es heiſſet: *Tu voluptatem complecteris: ego compeſco, tu voluptate frueris: ego utor.* Der Verſtand davon iſt dieſer: Tu voluptates omnes ſectaris, etiam eas, quibus ad reficiendas vires non eſt opus, ego tantum, quantum neceſſe eſt honeſtam voluptatem quæro. Es verdienet auch hiervon nachgeleſen zu werden, was AVGVSTINVS *de Doctrina Chriſtiana*, c. 3. und GERARDVS NOODT *de Vſufructu. lib. I.* c. 1. p. 562. ſeq. geſchrieben haben. Nunmehro iſt es gar leicht die definition zu verſtehen. Vſus fructus eſt a) ius, und zwar ein ius in re der ſervitus (§. 392.) b) ius utendi fruendi: denn der uſufructuarius genieſſet alles aus der Sache, nicht nur was er zur Nothdurft braucht, ſondern auch was nützlich und vergnügend iſt. c) Vtitur fruitur rebus alienis: denn es iſt eine ſervitus, und res propria nemini ſervit. Ergo dominus quidem utitur, fruitur etiam rebus ſuis, allein dieſes iſt keine ſervitus. Und ob es gleich bisweilen uſusfructus cauſſalis genennet wird: ſo handeln wir doch gegenwärtig nicht davon, ſondern von dem uſufructu formali, welcher in rebus alienis iſt. Wenn dieſer uſusfructus gegeben wird, müſſen allezeit zwo Perſonen concurriren. Einer iſt Eigenthümer von der Sache, und heiſſet proprietarius, dem andern wird der uſusfructus gegeben in der Sache, und dieſer wird uſufructuarius genennet. c) Haben wir in der definition hinzu geſetzet ad utendum fruendum ſalva rei ſubſtantia, weil es ſonſt kein uſus, ſondern abuſus ſeyn würde, welches aus dem Unterſchied, den wir kurtz vorher angegeben haben, erhellet. Und ſo würde es überdem dem proprietario nichts nutzen, daß er das Eigenthum an der Sache hätte, wenn der uſufructuarius dieſelbe gantz und gar conſumiren wolte. Es erhellet auch aus unſerer definition, wie der uſusfructus von der emphyteuſi, iure ſuperficiei, und dem feudo unterſchieden ſey. Denn der Erbenzinnßmann, der Grundmann, und der Lehenmann haben ein dominium utile, ein nutzbares Eigenthum, und alſo bedienen ſie ſich nicht eines andern Sache, ſondern ihrer eigenen. Nach den alten Teutſchen Rechten war unter dem Nießbrauch und dem nutzbaren Eigenthum gar kein Unterſchied, wie dieſes SCHILTER *in Exercit. ad Pandect. exerc. 17. §. 19.* wohl anmercket.

§. 417. Aus dieſer unſerer definition kan man nun gar leicht erſehen, was vor fructus der uſufructuarius genieſſen kan: nemlich er bekommt alle fructus, quos percipit, modo ſint ordinarii. Da nun aber die fructus vel natura-

turales, vel induſtriales ſeyn, und jene von der Natur, ohne eines Menſchen Zuthun, hervorkommen, z. E. Heu, foetus animalium &c. dieſe aber durch Wartung geſammlet worden, z. E. die Erndte der Früchte auf dem Felde, das Obſt in den Gärten: ſo wird nicht ohne Urſache gefragt, welche fructus dem uſufructuario zugehören? Wir antworten darauf, ſie gehören ihm alle ohne Unterſchied zu, weil der uſusfructus ein ius utendi fruendi iſt: uti frui autem omne genus commodorum complectitur. Einige machen hier einen Einwurf aus dem §. 35. *Inſt. de res diviſ.* alwo geſaget wird: fructus percipi pro cura & cultura, daher ſie ſchlieſſen, es müſſe der uſufructuarius nur die induſtriales, nicht aber die naturales fructus bekommen, als welche keiner Cultur benöthiget wären. Allein da wir dieſen Zweifel ſchon oben gehoben haben (§. 377.): ſo iſt es nicht nöthig, daß wir uns länger hierbei aufhalten ſollen. Ferner wird hier die Frage zu erörtern ſeyn: ob der uſufructuarius, wenn er in dem fundo einen Schatz findet, ſich denſelben auch zueignen könne? Dieſe Frage muß verneinet werden propter l. 7. §. 12. D. *ſolut. matrim.* Denn wir haben geſagt, der uſufructuarius bekömmt nur die fructus ordinarios, wozu aber die Schätze nicht gehören. Denn wenn einem der uſusfructus in fundo alieno gegeben wird, ſo hat er denſelben nicht deswegen, daß er allda ſoll Schätze ſuchen, ſondern denſelben bauen. Zuletzt müſſen wir noch eine Frage auflöſen, ob der uſufructuarius das prædium, worin er den uſumfructum hat, verpachten kan? Wir bejahen dieſe Frage ohne Bedencken. Denn was einer ſelbſt hat, das kan er auch auf einem andern bringen, und es iſt dem Eigenthümer nichts daran gelegen, ob der uſufructuarius, oder ein Fremder ſich der Sache bediene, wenn nur die ſubſtantia rei ſalva verbleibet. Es kan alſo ein uſufructuarius ſeine Früchte verkaufen, denn ſie gehören ihm zu. Doch gehet es nicht an, daß er einem andern ſein Recht abtreten kan, weil es auf der Perſon haftet, und mit der Perſon aufhöret. Noch vielweniger kan er die Sache, wovon er den uſumfructum hat, verkaufen, denn dieſelbe gehöret dem proprietario zu.

§. 418. Wir ſind nun auch im Stande gar leicht zu verſtehen: an & quatenus uſufructuarius de re libere diſponere poſſit? Nach unſerer definition res utenda fruenda eſt ſalva rei ſubſtantia. Non autem ſubſtantia ſalva manet, ſi quid in forma rei mutetur, und daraus folget denn, daß der uſufructuarius die rem uſufructuariam nicht einmal in einen beſſern Stand ſetzen kan. L. 13. §. *pen.* L. 44. D. *h. t.* Alſo ſtehet ihm nicht frei, daß er darf aus Wieſen Aecker, aus Aeckern Teiche machen laſſen, ob ſolches gleich dem proprietario nützlich ſeyn möchte. Aus eben dem principio, quod utendum fruendum ſit ſalva rei ſubſtantia, folget ferner, uſufructuarium teneri ad refectionem rei. Denn wenn z. E. einer den uſumfructum eines Hauſes

ſes hätte, ſo würde deren Subſtantz gewiß nicht ſo verbleiben, wenn man nicht auf eine reparatur bedacht wäre, und dazu iſt der uſufructuarius verbunden. L. 7. §. 2. 3. D. *eod.* Aber dieſes iſt zu verſtehen de refectione modica, ob præſentem fructuum neceſſitatem, wie in dem angeführten Text geſaget wird. Wenn dahero das Haus ſehr baufällig wäre, und ohne groſſe Koſten zu machen, nicht wieder könte hergeſtellet werden: ſo muß der proprietarius die Koſten tragen. Wir ſchlieſſen ferner aus unſern principio, daß der uſufructuarius ſich der Sache als ein guter Hausvater bedienen müſſe. Dieſer aber, wenn er ſich einer Sache bedienet, vernichtet dieſelbige nicht, ſondern wenn ja etwas nicht im Stande iſt, ſucht er es ſogleich wieder herzuſtellen: daher dieſes auch die Pflicht des uſufructuarii iſt. Hat einer alſo den Nießbrauch einer Heerde Schaafe: ſo ſetzet er an die Stelle der abgegangenen wieder Lämmer, in den Weinbergen neue Weinſtöcker an ſtatt der ausgegangenen. §. 38. *Inſt. de rer. diviſ.* Andere Exempel de mancipiis, veſtimentis aliisque ſimilibus rebus more boni patrisfamilias utendis habes in L. 10. §. 1. D. *h. t.* Aus eben dem Grunde ſchlieſſen wir, daß der uſufructuarius dem proprietario müſſe Caution beſtellen. Denn weil dieſem die Sache ſalva ſubſtantia verbleiben muß (§. 816.); ſo würde derſelbe davon keine Verſicherung haben können: wenn ihm keine Caution beſtellet würde. Alſo muß der uſufructuarius Caution machen a) durch Bürgen, daß er die Sache als ein guter Hausvater gebrauchen wolle. b) Daß er erbötig die Sache nach geendigtem Nießbrauch wieder zu reſtituiren. L. 1. D. *uſufruct. quemadm. cav.* Dieſe Caution iſt ſo nöthig und billig, dergeſtalt, daß dieſelbe nicht einmal der teſtator erlaſſen kan, welcher einem andern den uſumfructum vermachet: L. 1. *Cod. de uſufruct.* obgleich ſolches den Erben erlaubet wird, weil dieſelbe zu deſſen Vortheil eingeführet iſt. L. 7. D. *ad L. Falcid.* Daher es denn geſchiehet, daß wenn der uſufructuarius keine Bürgen ſchaffen kan, er alsdenn auch die poſſeſſionem rei uſufructuariæ nicht bekömmt, ſondern die Sache wird entweder dem Erben, oder iemand anders, welcher cavirt, übergeben, daß er die fructus dem uſufructuario reichen ſoll. GAILIVS *lib. II. obſ.* c. 47. Die Urſache, warum der teſtator die Caution nicht erlaſſen kan, lieget darin, weil dadurch der uſufructuarius, wenn er wüſte, daß ihm die Caution remittirt wäre, würde Gelegenheit bekommen, die Sache zu mißbrauchen: und daher iſt dieſes nicht erlaubet, quia iura noſtra numquam probant pacta vel remiſſiones ad peccandum invitantes. L. 23. D. *de reg. iur.* Damit man aber wiſſen könne, was der uſufructuarius ins künftige zu reſtituiren habe: ſo wird ein richtiges inventarium verfertiget, worin alle Sachen, die dem uſufructuario gegeben werden, ordentlich müſſen verzeichnet werden. Doch fällt dieſe Cautio hinweg, in uſufructu a lege

con-

conſtituto. Daher der Vater, welcher den uſumfructum in den bonis adventitiis ſeiner Kinder hat, keine Caution macht, weil ihm dieſen Nießbrauch die Geſätze ſelbſt zugeſtehen, und weil es nicht zum beſten herauskommen würde, wenn die Kinder in ihren Vater kein beſſeres Vertrauen ſetzen wolten.

§. 419. Hier kömmt die Frage vor: in quibus rebus uſusfructus conſtitui poſſit? Die Beantwortung können wir aus unſerer definition nehmen. Denn weil ſich der uſufructuarius der Sache bedienen muß ſalva rei ſubſtantia (§. 416.), ſo folget von ſelbſt, daß ein uſusfructus nur in rebus non fungibilibus müſſe geſetzet werden. Die Rechtsgelehrten theilen die Sachen ein in res fungibiles, quæ numero, pondere & menſura conſtant, das ſind ſolche, welche nach Zahl, Maaß und Gewichte gekaufet oder verkaufet werden, & non fungibiles, quæ non admittunt æſtimationem ſecundum pondus, numerum & menſuram. Weil aber dieſe definitiones etwas dunckel und nicht leichtlich zu verſtehen ſeyn: ſo wollen wir uns bemühen, den Unterſchied inter res fungibiles & non fungibiles klärer vor Augen zu legen. Sie ſind aber alſo unterſchieden: 1) die res fungibiles bringen einen keinen Nutzen, wenn ſie nicht verzehret werden, z. E. Brod, Getreide, Wein: denn dieſe Sachen würden niemand Nutzen ſchaffen, wenn einer das Brod oder Getreide nicht eſſen, noch den Wein trincken wolte. Der rerum non fungibilium können wir uns alſo bedienen, ut ſalvæ ſint, z. E. Güter, Aecker, Häuſer, deren ſich einer bedienen kan, daß er von den Gütern oder Aeckern die Früchte ziehe, das Haus bewohne, und doch bleibet ihre ſubſtantia ſalva. 2) In rebus fungibilibus heiſſet es, tantumdem eſt idem: Z. E. Du haſt mir 100 Ducaten gegeben, wenn ich dir wieder ſo viel gebe, ſo biſt du befriediget, ob es gleich nicht dieſelben ſeyn, die du mir geliefert haſt. Hingegen in den rebus non fungibilibus iſt tantumdem nicht idem: Z E Wenn ich einem ein Buch geliehen habe, und derſelbe giebet mir ein anders eiusdem quantitatis & qualitatis: ſo hat er mir nicht genuggethan, ſondern er muß mir das geliehene Buch in ſpecie wieder geben. 3) Res fungibiles non admittunt pretium adfectionis, z. E. Ein Dukate, welchen ich von dem Fürſten empfangen habe, iſt nicht beſſer als der andere, welchen mir ein Bauer gegeben hat: aber die res non fungibiles laſſen ein pretium adfectionis zu: Z. E. ein Buch, welches ſonſt nur 20 Rthlr. koſtet, kan mir ſo lieb ſeyn, als ob es 100 Thaler koſtete, weil mir ſolches der Fürſt, oder mein Vater gegeben hat. Wenn wir nun alſo fragen: quarum rerum uſumfructum habere poſſumus? ſo dienet darauf zur Antwort, der uſusfructus findet ſtatt bei den rebus non fungibilibus, quia illæ ſolæ utendo non conſumuntur. Der uſusfructus iſt ein ius utendi fruendi rebus alienis ſalva earum ſubſtan-

ſtantia, und daher würde es abgeſchmackt heraus kommen, wenn ich *Titio* den Nießbrauch meines Weins geben wolte. Denn wenn ſich *Titius* meines Weins bedienet, was ſolte mir doch wohl die proprietas an den Wein vor Nutzen ſchaffen. Nichts deſtoweniger iſt durch ein Senatusconſultum der quaſi uſusfructus erfunden worden, welcher dann in den rebus fungibilibus ſtatt findet, wenn nur der quaſi uſufructuarius Caution beſtellet, daß er nach geendigten Nießbrauch tantumdem in eodem genere reſtituiren wolle. Wenn ich dahero den quaſi uſumfructum vini habe: ſo kan ich den Wein gantz verzehren, wenn ich nur cavire, daß wenn ich ſterbe, eben ſo viel Wein, nnd zwar von eben dem Gewächſe, ſoll reſtituirt werden. §. 2. *Inſt. h. t.* Es möchte einer hier auf die Gedancken gerathen, dieſer quaſi uſusfructus ſey von dem mutuo gar nicht unterſchieden. Denn was iſt einem daran gelegen, an pecuniam alicui dem mutuam, an eius quaſi uſumfructum concedam? Allein es iſt zwiſchen dem mutuo und quaſi uſufructu ein mächtiger Unterſchied. Denn α) in mutuo können Zinſen verſprochen werden, dergleichen aber giebt nicht der quaſi uſufructarius. β) In mutuo wird keine Caution verlanget, wohl aber bei dem quaſi uſufructu. γ) Das mutuum kan der Gläubiger wiederfordern wenn er will, wenn keine gewiſſe Zeit, das Geld wieder zu zahlen, geſetzet worden iſt: allein der quaſi uſusfructus dauert ſo lange als einer am Leben iſt. Denn es iſt eine ſervitus perſonalis, quæ cum perſona demum expirat. Hierbey wird gefragt, wenn einem der uſusfructus der Kleider vermachet worden iſt, ob dieſes ein verus oder quaſi uſusfructus ſey. Hier ſcheinen die Rechte ſelbſt von einander unterſchieden zu ſeyn, und mit einander zu ſtreiten. In §. 2. *Inſt. h. t.* wird geſaget, daß bei den Kleidern ein quaſi uſusfructus ſtatt finde, und in L. 15. §. 4. D. *de Vſufructu* wird doch gleichwohl geſaget, daß der uſusfructus in veſtimentis beſtimmet werden könne. Die Rechtsgelehrten können ſich hieraus nicht finden, und ſuchen dahero den §. 2. *Inſt. h. t.* zu verbeſſern, wie aus GALVANO *de Vſufructu* c. 3. §. 6. und NOODT *de Vſufructu lib. I.* c. 21. zu erſehen iſt. Die meiſten machen einen Unterſchied unter alltäglichen Kleidern und Feier-Kleidern. In jenen, ſagen ſie, finde ein quaſi uſusfructus ſtatt, weil dieſelben durch den Gebrauch deſtruiret werden: in dieſen aber, meinen ſie, könne ein verus uſusfructus angehen, weil ſie länger ihre Subſtantz behielten. Allein dieſes heiſſet die Sache mehr nach der Spitzfindigkeit, als nach der Wahrheit entſcheiden. Es kan bei den Kleidern beides, nemlich ein verus und quaſi uſusfructus, ſtatt finden. Ein verus uſusfructus iſt, wenn der teſtator den uſumfructum der Kleider alſo vermachet hat, daß dieſelben nach geendigten Gebrauch ſollen wieder gegeben werden. Hingegen kan bei den Kleidern ein quaſi uſusfructus ſeyn, wenn der teſtator gewollt hat, daß nach geendigten Gebrauch Kleider von

gleicher Art oder deren Werth ſoll reſtituiret werden, und der quaſi uſufructuarius deswegen Caution machen muß. Dieſe Anmerckung hat zuerſt der Herr PAGENSTECHER *in Aphorismis ad Inſtit. h. t.* gemacht, da ſich ſonſt GALVANUS, NOODT, HERTIUS, u. a. m. daraus nicht haben finden können.

§. 420. In dieſem Spho wird die Frage zu erörtern ſeyn, ob der uſufructuarius auch die onera tragen müſſe? Die Römer haben zu allen Zeiten dafür gehalten, wie es billig ſey, daß derjenige, welcher den Nutzen hat, auch die incommoda tragen müſſe. Weil wir nun kurtz vorhero (§. 417.) gezeiget haben, daß der uſufructuarius alle fructus und commoda empfange, dahero iſt nichts billiger, als daß derſelbe auch die incommoda und onera trage, welche ſich bei der re uſufructuaria finden. Dahin gehören Steuern, Umgeld, Zinſen, welche von der Sache entweder dem fiſco oder ærario müſſen gezahlet werden, welche alle der uſufructuarius tragen muß L. 7. §. 2. D. *de uſufructu.* Im übrigen iſt zu mercken, daß dieſes de tributis & oneribus rei frumentariæ impoſitis zu verſtehen ſey. Denn wenn die onera perſonalia ſeyn, z. E. wenn eine Kopf-Steuer ausgeſchrieben wird: ſo kan der uſufructuarius dieſelbe nicht für dem Eigenthümer erlegen, L. 7. §. 2. D. *de uſufructu*, ſondern der Eigenthümer muß dieſe Schatzung aus ſeinem Beutel bezahlen, weil der uſufructuarius nur die onera realia tragen muß, quæ ipſi rei fructuariæ incumbunt. Alſo iſt auch der uſufructuarius nicht verbunden, die Schulden zu bezahlen, weil er nicht Herr von der Sache, noch ſucceſſor univerſalis iſt. Wenn aber einer den Nießbrauch aller Güter bekommen hätte: ſo hält der Herr HUBER *in Prælect. ad Inſtit.* dafür, daß er zum wenigſten ſchuldig ſey, die Zinſen von den Schulden zu bezahlen.

§. 421. Wir haben bisher die Natur und Eigenſchaft des Nießbrauchs betrachtet: nun iſt noch übrig zu zeigen, wie der uſusfructus eingeführet und wieder geendiget werde. Das erſte lernen wir aus dieſem Spho, das andere wird aus den folgenden §§phis ſich zu Tage legen. Conſtituitur uſusfructus vel a lege, vel a iudice, vel a domino. 1) A lege conſtituitur uſusfructus, ſo oft die Geſätze ſelbſt verordnen, daß einer in dieſen oder jenen Sachen den Nießbrauch haben ſoll, und dieſer uſusfructus iſt dergeſtalt privilegirt, daß der uſufructuarius nicht einmal Caution machen darf, z. E. der Vater darf niemals Caution beſtellen de uſufructu bonorum adventitiorum ſeiner Kinder, noch der Ehemann de uſufructu bonorum paraphernalium uxoris. Wir haben unterſchiedene uſusfructus, welche von den Geſätzen eingeführet werden. Alſo wollen die Geſätze haben, α) daß der Vater den uſumfructum in bonis adventitiis ſeiner Kinder haben ſoll. L. 6. *Cod. de bon. quæ lib.* β) Geben auch die Geſätze, daß wenn ein Ehegatte ſich wieder verheurathet, derſelbe den uſumfructum in den Sachen, die er von dem erſten Ehegatten

empfangen hat, haben ſoll. L. 3. L. 5. & *Authent. ſequ. Cod. de ſecund. nupt.* So iſt auch γ) an vielen Orten die Gewohnheit, daß der Ehemann währender Ehe den Nießbrauch in den bonis paraphernalibus ſeiner Ehefrau hat. Dieſes ſuchen die Doctores aus dem L. 9. §. 3. D. *de iure dot.* und L. 11. *Cod. de pact. connub.* zu beweiſen. Aber in dem erſten Text lieſet man nichts von dem uſufructu mariti in bonis paraphernalibus uxoris. In dem andern wird dem Ehemann der Nießbrauch ausdrücklich zugeſtanden, wenn die Frau denſelben ausdrücklich zugeſtanden hat. Daher wiſſen unſere Rechte nichts von dieſem uſufructu legitimo mariti in bonis paraphernalibus uxoris, und derſelbe iſt mehr aus einem Gewohnheits-Rechte herzuholen, wie dieſes STRYK *in Vſu moderno Pandectarum Lib. VII. Tit. I.* und GÆRTNER in diſſert. *de Diſtinctione bonorum uxoris in dotalia & paraphernalia iure Germanico non adplicanda*, gar ſchön angemercket haben. conf. Sächſiſches Landrecht *Lib. I. art.* 31. CARPZOV. P. II. *Conſt.* 15. *def.* 25. Bisweilen wird auch II) der uſusfructus von dem Richter einem gegebenen in tribus illis iudiciis diviſoriis, communi dividundo, familiæ erciſcundæ & finium regundorum, wenn nemlich die Sache nicht anders kan geſchlichtet, und diejenigen, welche mit einander in einer Gemeinſchaft ſtehen, nicht anders können aus einander geſetzet werden. L. 6. §. 1. D. *h. t.* L. 6. §. 10 D. *Communi dividundo.* L. 16. §. 1. D. *Familiæ erciſcundæ.* §. 4. ſeq. *Inſt. de offic. iud.* Denn es ſtehet dem Richter frei, daß er in dieſen dreien iudiciis diviſoriis ſo gar eine ſervitutem realem conſtituiren kan, daher ihm ſolches um ſo viel eher muß erlaubet ſeyn bei dem uſufructu, welcher eine ſervitus perſonalis iſt, wie wir oben angemercket haben. Wir müſſen aber hier terminos habiles zum voraus ſetzen. Z. E. *Titio*, welcher dreißig Jahr alt iſt, und *Mevio*, welcher nur ein Alter von zwölf Jahren hat, iſt der uſusfructus von einer ſchönen und zahlreichen Bibliothek vermachet worden. Da kan der Richter *Titio* den Uſumfructum, *Mevio* aber die proprietatem Bibliothecæ adiudiciren, welches um ſo vielmehr ſtatt findet, wenn etwa *Mevius* des *Titii* vermutheter Erbe ſeyn ſolte. Es kan aber III.) der uſusfructus auch a domino eingeführet werden, dieſer giebt einem andern den uſumfructum entweder per ultimam voluntatem z. E. durch ein Vermächtniß, oder per pacta & ſtipulationes. Im erſten Fall iſt keine traditio nöthig, ſondern der legatarius bekömmt den uſumfructum als ein ius in re ſogleich aus dem Teſtament, ſo bald der teſtator verſtirbt. (§. 339.) Im letztern Fall aber geben die pacta und ſtipulationes nur ein ius ad rem oder actionem perſonalem adverſus promittentem, daß er den verſprochenen Nießbrauch geben ſoll. Und alſo entſtehet daraus kein ius in re, ſondern daſſelbe entſtehet erſt aus der nachfolgenden quaſi tradition L. 11. D. *de ſerv. prad ruſt.* Ferner IV.) geſchiehet dieſe conceſſio inter vivos, nemlich voluntate domini expreſſa.

per promiſſionem ſeu ſtipulationem, wie wir eben vorher geſaget haben: ſie geſchiehet aber auch voluntate domini tacita, ſi quis præſens per X. annos, vel abſens per XX. annos paſſus eſt, alterum re ſua uti frui, neque umquam contradixit. Denn alsdenn erlanget einer den uſumfructum per præſcriptionem longi temporis. L. *ult. Cod. de long. temp. præſcript.* Dieſes iſt zu verſtehen, ſi uſusfructus eſt bona fide & iuſto titulo. Denn wenn kein iuſtus titulus da iſt, ſo muß er dreißig Jahr haben, wenn er præſcribiren will. L. 8. §. 1. *Cod. de trig. vel quadrag. annor. præſcript.*

§. 422. 423. Die zweite Frage, welche noch zu erörtern übrig iſt, beſtehet darin: quomodo uſusfructus ſemel conſtitutus finiatur? Die modi, quibus uſusfructus deſinit, flieſſen aus deſſen Natur und Eigenſchaft, und der definition her. Denn 1.) höret der uſusfructus auf, wenn der uſufructuarius den Weg aller Welt gehet, weil der uſusfructus eine ſervitus perſonalis iſt: (§. 392.) ſervitutes vero perſonales perſonæ debentur, adeoque etiam cum ea exſpirant. Hierbei entſtehet die Frage: wenn der uſusfructus einer Stadt gegeben worden, wenn derſelbe aufhöre? Wir antworten darauf: Reſpublica eſt perſona moralis & non mori intelligitur, quamdiu cives ſunt, quamvis non iidem ſuperſint cives. Allein weil bei dem uſufructu man vornemlich darauf ſeine Abſicht zu nehmen hat, daß das Eigenthum dem Eigenthümer nicht möge unnütze werden, welches da geſchehen würde, wenn die proprietas nicht einmal wieder an den proprietarium gelangen ſolte: ſo haben unſere Geſätze verordnet, daß wenn ein uſusfructus einer Stadt gegeben worden, derſelbe ſich nach Verflieſſung von hundert Jahren endigen ſoll, weil dieſes die längſte Zeit des menſchlichen Lebens iſt. L. 56. D. *de uſufructu.* So höret auch der uſusfructus auf II.) morte civile, i. e. capitis deminutione maxima & media, wodurch alle iura Quiritium pflegten aufgehoben zu werden. §. 3. *Inſt. h. t.* Durch die minima capitis deminutio wird heut zu Tage der uſusfructus nicht geendiget, weil der Keiſer *Iuſtinianus* dieſes alte Recht aufgehoben hat. L. *pen. Cod. h. t.* Und warum ſolte auch der uſusfructus per adrogationem aufhören, da heut zu Tage die alte imaginaria venditio nicht mehr gebräuchlich iſt. Aber hier iſt die Frage zu erörtern: ob eine civitas, oder reſpublica, welcher der uſusfructus gegeben worden, auch capitis deminutionem leiden könne? Wir antworten darauf, daß es damit eine Gleichheit habe, wenn über eine Stadt ein Pflug gezogen worden, wie bei Carthago ſoll geſchehen ſeyn, l. 21. D. *Quib. mod. uſusfruct. amitt.* Wiewol andere davon nichts wiſſen wollen, obwol die Redens Arten bei HORATIO *lib. I. Carm. Od.* 16. *imprimeretque muris hoſtile aratrum exercitus inſolens*, und bei SENECA *lib. I. de Clem.* c 26. *aratrum vetuſtis urbibus inducere, potentiam vocant*, vorkommen. conf. PETRVS FABER *lib. I.* SEMESTR. c. 89. GROTIVS *de iure bell. & pac.*

& *pac. lib. II* c. 9. §. 4. So höret auch der uſusfructus auf III.) Conſolidatione, wenn der uſusfructus und proprietas zuſammen kommen: denn wir haben etliche mal ſchon erinnert, rem propriam nemini poſſe ſervire. IV.) Ceſſat uſusfructus totius rei interitu, adeo ut ne in area quidem duret. L. 36. *pr.* D. §. 3. *Inſtit. h. t.* L. 30. L. 31. D. *quib. mod. uſufr. amitt.* Wir haben geſaget; utendum fruendum eſt ſalva rei ſubſtantia: ea ergo exſtincta & uſusfructus extinguitur. Daß dieſes wahr ſey, kan daraus erſehen werden, daß, wenn z. E. einem der uſusfructus von einem Hauſe gegeben worden, das Hauß brennet aber ab, alsdenn kan auch nicht einmal der uſusfructus auf den leeren Platze verbleiben; L. 36. *princ.* D. *de uſufructu.* wenn aber das Hauß wieder aufgebauet wird, wie es vorher geweſen, ſo iſt kein Zweifel, daß der uſusfructus wieder angehen müſſe. L. 10. §. 1. ſeq. L. 13. L. 16. D. *quib. mod. uſufr. amitt.* Ferner höret auch V.) der uſusfructus auf, non uſu decem annorum inter præſentes & viginti inter abſentes. Denn wenn man ſich einer Sache entſchläget durch eine lange Zeit: ſo fallen alle Rechte hinweg. NOODT *de uſufructu lib. II.* c. XI. p. 465. Hierbei iſt doch aber wohl zu mercken, daß der Nießbrauch durch den Mißbrauch nicht aufgehoben werde. i. e. ſi male utatur fruatur re fructuaria uſufructuarius. L. 13. §. 2. D. *de Vſufructu.* Denn der proprietarius hat durch die Caution mit Bürgen genugſame Sicherheit, aus welcher er actionem ex ſtipulatu wieder die Bürgen anſtellen kan, wenn der uſufructuarius ihm durch dem Mißbrauch Schaden zugefüget hat. L. 1. D. *uſufr. quemadm. cav.* Einige machen hier einen Einwurf aus dem §. 3. *Inſt. h. t* alwo geſaget wird: non finiri uſumfructum non utendo per modum & tempus. Allein, daß hier per modum continua poſſeſſio verſtanden werde, ſolches habe ich ausführlich gezeiget *in Addit. ad* VINNII *Comment. ad Inſtit.* p. 229

§. 424. Es wird auch der uſusfructus geendiget, VI.) ſoluto iure conſtituentis. Denn hier gilt die Regel, welche wir oben bei den ſervitutibus eingeſchärfet haben: reſoluto iure dantis, reſolvitur ius accipientis. Huius enim ſucceſſor (ſcilicet conſtituentis) ſingularis anteceſſoris ſui factum non præſtat, ſecus ac in ſucceſſoribus univerſalibus ſeu heredibus, qui in omnes obligationes defuncti ſuccedunt. Wenn daher z. E. der Biſchof von Münſter iemand auf einem Biſchöflichen Gute den uſumfructum gegeben hätte, und er hernach ſtürbe: ſo wäre ſein Nachfolger im Stift nicht ſchuldig, dieſes gut zu heiſſen. Denn derſelbe iſt zwar Nachfolger im Stift, aber nicht deſſen Erbe, ſondern ein ſucceſſor ſingularis. Und daraus kan der groſſe Nutzen unſerer Regel: reſoluto iure dantis, reſolvitur ius accipientis, erſehen werden. Letzlich wird auch der uſusfructus geendiget VII.) lapſu temporis pacto definiti. Denn wenn einer iemand den uſumfructum auf drei

Jahr gegeben hätte, und dieſelben verfloſſen wären; der uſufructuarius aber ſich der Sache noch länger bedienen wolte: ſo würde ihm die exceptio pacti entgegen ſtehen. Denn hier heißt es, pacta dant legem contractibus. L. 5. *Cod. de uſufructu.* L. 15. D. *quib. mod. uſufr. amitt.*

Tit. V.

De Vſu & Habitatione.

§. 425-428.

Wir haben bishero von dem uſufructu alles beigebracht, was dabei zu wiſſen nöthig iſt. Da nun aber auſſer dieſem Nießbrauch noch einige andere ſervitutes perſonales übrig ſind, nemlich uſus, habitatio & operæ ſervorum: ſo wollen wir von dieſen auch, nach unſerer gegebenen Anleitung, umſtändlich reden. Was vor ein Unterſchied inter uſumfructum & uſum ſey, ſolches haben wir oben (§. 415.) aus der Eigenſchaft der Wörter ſelbſt erkläret, nemlich, uſufructuarius non modo utitur ad neceſſitatem, ſed fruitur quoque ad utilitatem & voluptatem. Vſuarius tantum utitur non fruitur, adeoque clara eſt uſus definitio, nempe uſus eſt ius, alienis rebus tantum ad neceſſitatem utendi, ſalva earum ſubſtantia. §. 1. *Inſt. h. t.* Es ſind auch die axiomata, welche wir daraus ziehen, gantz deutlich zu verſtehen. 1) Minus eſt in uſu, quam in uſufructu. Denn der uſusfructus begreifet alles dasjenige in ſich, quidquid ordinarie ex re provenit, ſive ad neceſſitatem, ſive ad utilitatem, voluptatemve pertineat: (§. 417.) uſuarius autem tantum, quantum ipſi neceſſarium eſt, accipit. 2) Vſus ſola neceſſitate quotidiana definitur L. 2. *princ.* D. *h. t.* Aus dieſen axiomatibus ziehen wir folgende concluſiones: α) qui fundi uſum habet, is pro modo conditionis oleribus, pomis, floribus, foeno, ſtramentis, lignis utitur, non vero reliquos fructus capere poteſt. §. 1. *Inſt. h. t.* L. 10. §. 4. L. 11. ſeq. D. *h. t.* β) Vt ædium uſuarius iſtas quidem pro neceſſitate inhabitare, ſed non aliis locare, & vix hoſpitem recipere poſſit. §. 2. *Inſt.* L. 2. §. 1. L. 3. ſeq. D. *h. t.* Welches aber nicht ſo zu nehmen iſt, als ob der uſuarius noch heut zu Tage keinen Gaſt aufnehmen dürfe, ſondern der Verſtand iſt dieſer, poſt diuturnas diſceptationes ICtorum vix obtinuiſſe hanc ſententiam, quod hoſpitem recipere licear. STRAVCHIVS *in Lexico particularum iuris* voce *Vix.* und BRISSONIVS *de Verborum ſignificatione*, voce *Vix.* γ) Qui habet uſum pecorum, tantum de lana, lacte, ſtercore capit, quantum modus familiæ & conditionis requirit. §. 37. *Inſt. de rer. diviſ.*

§. 4.

§. 4. *h. t.* L. 12. §. 2. 3. D. *h. t.* δ) Folget auch aus obigen principiis, ut uſuarius ius ſuum aliis locare, aut gratis concedere nequeat. §. 1. *Inſt. h. t.* L. 12. §. 4. L. *penult. princ.* D. *h. t.* L. 163. D. *de reg. iur.* Denn wenn iemand die Sache, deren Gebrauch ihm gegeben worden, dem andern vermiethen, oder ſonſt zugeſtehen wolte: ſo würde er ja derſelben ſelbſt nicht benöthiget ſeyn, quia ceſſante neceſſitate, uſus quoque ceſſat.

§. 429. Die dritte ſervitus perſonalis iſt die habitatio, quæ eſt ius alienas ædes inhabitandi, ſalva earum ſubſtantia. Viele werfen hier die Frage auf, was dieſes für eine ſervitus ſey? Sie berufen ſich auf dasjenige, was in unſern iure geſaget wird, habitandi ius uſu eſſe pinguius, uſufructu autem deterius: worin aber der eigentliche Unterſchied dieſer ſervitutum liege, ſolches wird von ihnen nicht beſtimmet, und alſo wollen wir die Sache in ein helleres Licht zu ſetzen ſuchen. Habitare bedeutet in dieſem Titel ſo viel, als iis ædium partibus uti frui, quæ habitatione ſunt deſtinatæ. Wir ſind dieſe Anmerckung dem Herrn THOMASIO ſchuldig, welcher *in ſcholiis ad* HVBERI *Prælect. ad Inſtit. h. t.* dieſes ſehr wohl erinnert hat.

§. 430. Aus dieſen erhellet folgendes: a) pinguius eſſe hoc ius habitandi uſu ædium. Denn der uſuarius bekommt nur ſo viel Gemächer, als er deren benöthiget iſt: habitator autem omnibus utitur fruitur, und er kan dieſelben nicht allein bewohnen, ſondern auch verpachten, oder einem andern umſonſt überlaſſen. L. 13. *Cod. de uſufructu.* Dieſes alles wird dem uſuario nicht erlaubet, wie wir eben kurtz vorher erinnert haben. b) Aus obiger definition erhellet auch, deterius hoc ius eſſe uſufructu ædium. Denn der uſufructuarius ziehet allen Nutzen aus dem gantzen Hauſe: hingegen der habitator hat weiter nichts, als die Gemächer, nicht aber die tabernas, cellas und hortos. Daher wenn bei den Pfarrhäuſern dieſe Sachen ausgenommen ſind: ſo hat der Pfarrherr nur das ius habitationis. Sind ſie ihm aber mit zugeſtanden worden: ſo hat er den uſumfructum, wie dieſes der Herr Geh. Rath BÖHMER *in Iure Parochiali, Sect. V.* c. 11. §. 18. wohl angemercket hat.

§. 431. Es iſt noch ein anderer Unterſchied übrig, welcher hier nothwendig mit muß angemercket werden. Die habitatio wird weder per maximam noch mediam capitis deminutionem aufgehoben. Die Urſache giebet uns Modeſtinus in L. 10. D. *de cap. minut.* quia habitatio magis in facto, quam in iure conſiſtit. Aber was ſoll dieſes wohl heiſſen? Nichts anders, als daß der uſusfructus & uſus iura Quiritium ſeyn, und dahero nothwendig geendiget werden, wenn einer aufhöret ein Römiſcher Bürger zu ſeyn. Die habitatio aber beſtehet mehr in facto, weil auch die peregrini in Rom wohnen konten, und dahero nicht nöthig war, daß die habitatio per capitis deminutionem aufhören ſolte. Und aus dieſen bisher vorgetragenen können

nen

nen wir erſehen, daß LAUTERBACH *in Colleg. Theor. Pract. Pandect. de uſu & habitat.* §. 11. die Sache nicht getroffen, da er gemeinet, uſus ædium & habitatio hätten einerlei Wirckungen.

§. 432. Die letzte ſervitus perſonalis ſind die operæ ſervorum, quæ ſunt ius, omnem utilitatem ex operis ſervi alieni percipiendi. Dieſe operæ ſervorum waren bei den Römern ſehr groß und wichtig, weil die Knechte die Handwercker treiben muſten, da *Romulus* den freien Bürgern dieſelben verboten hatte, wie DIONYSIVS HALICARNASSEVS *in Antiq. Rom.* p. 98. bezeuget.

§. 433. Hier iſt nun wohl zu mercken, daß auch dieſe ſervitus uſufructu deterior, & uſu ſervi pinguior ſey. Nam 1) eſt uſufructu ſervi deterior, quia qui uſumfructum ſervi habet, is poteſt non modo ex operis ſervi lucrari, ſed & omnia alia per ſervum adquirere. Wenn dahero ein ſolcher ſervus uſufructuarius zum Erben eingeſetzet worden: ſo adquiriret derſelbe die hereditatem uſufructuariam. Hingegen, wem die ſervitus operarum conſtituirt iſt, der adquiriret alles dasjenige, was ex operis ſervi genommen wird. §. 4. *Inſt. per quor perſ. cuiq. adquir.* Wenn einem dieſe operæ ſervorum vermachet worden ſind, dies earum operarum non cedit a tempore mortis, nec ab adita hereditate, ſed ab eo momento, quo operæ indictæ ſunt. Wenn dahero derjenige, welchen dergleichen vermachet worden, ante præſtationem operarum verſtirbet: ſo müſſen dieſelben auch den Erben geleiſtet werden, modo ſint indictæ. 2) Eſt tamen eadem ſervitus uſu ſervi pinguior. Denn der uſuarius ziehet nicht aus allen operis ſervi einen Vortheil, ſondern er kan nur diejenigen verlangen, welche ihn nöthig ſind. Daher derſelbe auch die operas ſervi nicht verpachten kan: L. 2. D. *de uſu leg.* welches aber hingegen derjenige thun kan, welchen die ſervitus operarum iſt gegeben worden.

§. 434. Ob wir heut zu Tage noch einen groſſen Gebrauch von dieſen bisher angeführten ſervitutibus perſonalibus machen können, ſolches iſt leichtlich ausfündig zu machen. α) Es fallen heut zu Tage die operæ ſervorum deswegen hinweg, weil wir bei uns keine ſolche Knechtſchaft haben, als wie bei den Römern eingeführet war, wovon wir oben (*Lib. I.*) ausführlich geredet haben. So fehlen uns auch β) ſolche Wörter, wodurch wir den Unterſchied inter uſumfructum & uſum füglich anzeigen können. Z. E. In den Niederlanden iſt nur das Wort Lyfftonde bekannt, wodurch der uſusfructus ausgedrücket wird. Daher hat der Hr. HVBER *in Prælect. ad Inſtit.* §. 6. *h. t.* die Anmerckung gemachet, daß weil man in den Niederlanden kein Wort hätte, wodurch ſich der uſus füglich ausdrücken laſſe: ſo gebe es wenig Teſtamente, worin iemand der uſus zugeſtanden würde. Wir müſ-

ſen

ſen hierbei noch anmercken, daß bei uns in Teutſchland uſusfructus durch Nießbrauch, uſus durch Gebrauch, und habitatio durch Wohnung könne ausgedrücket werden. Allein dieſe Wörter ſind zwar den Rechtsgelehrten bekannt genug, nicht aber dem gemeinen Mann: und daher haben wir ebenfalls in Teutſchland wenige Fälle, daß einem der uſus von einer Sache gegeben wird. Und überhaupt müſſen alle geſtehen, daß wir wenige Exempel von dem uſu und habitatione haben.

Tit. VI.

De Vſucapionibus & Longi Temporis Præſcriptionibus.

§. 435.

Von der Eintheilung der Dinge wenden wir uns nun zu den modis adquirendi, von welchen wir gemeldet haben, daß dieſelben vel iuris naturalis & gentium vel iuris civilis ſeyn. Die modi iuris naturalis & gentium waren drei, occupatio, acceſſio & traditio, von welchen in dem erſten Titel dieſes Buchs iſt gehandelt worden. Nunmehro folgen die modi adquirendi civiles, welche nicht allein ex ratione & iure naturali, ſondern aus den legibus civilibus ihren Urſprung haben. Dieſe modi adquirendi civiles werden eingetheilet in univerſales, quibus univerſum alicuius ius in nos transfertur, adeo, ut eiusmodi ſucceſſor univerſalis & in omnia iura anteceſſoris ſui tranſeat, & eiusdem obligationes in ſe ſuſcipere teneatur: & ſingulares, quibus non univerſum alterius ius in nos derivatur, ſed tantum rei cuiusdam ſingularis dominium adquiritur.

§. 436. Es werden aber ſechs modi adquirendi univerſales gezählet: a) hereditatis adquiſitio; b) bonorum poſſeſſio; c) adquiſitio per adrogationem; d) addictio bonorum libertatum ſervandarum cauſſa; e) adquiſitio per ſectionem bonorum, & f) ex Senatuconſulto Claudiano. Die hereditatis adquiſitio iſt, da der Erbe in alle Rechte und Verbindungen des Verſtorbenen tritt: daher derſelbe alle Schulden bezahlen, und alle Contracte des Verſtorbenen erfüllen muß. Die bonorum poſſeſſio iſt der zweite modus adquirendi; denn weil dieſe nichts anders iſt, als eine hereditas a Prætore data: ſo imitirte ſie auch hierin die adquiſitionem hereditatis, quod bonorum poſſeſſor loco heredis ſit. *pr. Inſt. de Bonor. poſſeſſ.* Daher er denn ebenfals in alle Rechte des Verſtorbenen tritt. Adquiſitio per adrogationem

iſt der dritte modus adquirendi civilis: denn derjenige, welcher einen freien Menſchen adrogirt, erlanget alle Güter und Rechte des angenommenen Sohnes, diejenigen nur ausgenommen, welche per capitis deminutionem verloren gehen. Der vierte modus adquirendi iſt addictio bonorum libertatum conſervandarum cauſſa, und beſtehet darin, quando hereditas iacens addicitur ſervo, ea lege, ut omne æs alienum ſolvat. Dieſer manumittirte Knecht iſt an ſtatt des Erben, und alſo ein ſucceſſor univerſalis. Sectio bonorum iſt der fünfte modus adquirendi civilis, und beſtehet darin, quando quis ea lege hereditatem totam ſub haſta eruit, ut creditoribus e pecunia ſatisfaciat. Der ſechſte modus iſt aus dem SCto Claudiano, worin verordnet war, ut ſi mulier ingenua alterius ſervum amaret, nec monita ab indecoro iſto amore deſiſteret, ea in ſervitutem domini ſervi redigeretur, & tunc dominus eius mulieris ſucceſſor fieret univerſalis. Aber dieſe modi adquirendi univerſales ſind, wenn man die hereditatis adquiſitionem ausnehmen will, heut zu Tage nicht mehr im Gebrauch. Bekannter ſind ietzo die modi adquirendi ſingulares, nemlich uſucapio, von welcher in gegenwärtigem Titel gehandelt wird; donatio, de qua *titulo ſequenti*; Legatum & fideicommiſſum ſingulare, wovon unten an ſeinem Orte ſoll geredet werden.

§. 438. Weil nun der gegenwärtige Titel *de Vſucapionibus & longi temporis præſcriptionibus* überſchrieben iſt: ſo wollen wir ſehen, α) was die Alten uſucapionem, was ſie præſcriptionem genennet haben? β) wie der Keiſer *Iuſtinianus* einige præſcription mit der uſucapion zuſammen geſchmolzen, dieſelben aber ſonſt von einander unterſchieden hat? Ehemals war die uſucapio von der præſcriptione gar ſehr unterſchieden. Denn es gab dieſelbe ein dominium, und war alſo ein modus adquirendi, dieſe aber gab nur eine exceptionem, qua alterius ius excluderetur. Jene hatte nur ſtatt in ſolis rebus corporalibus, in welchen man allein ein dominium haben konte (§. 336.); die præſcriptio aber ging nur bei den rebus incorporalibus und iuribus an. Vſucapio ging an in rebus Italici ſoli, quæ ſolæ erant mancipi; (§. 330.) die præſcriptio aber konte auch gebraucht werden in rebus provincialibus. Durch die Vſucapion wurden die beweglichen Sachen in einem Jahr, die unbeweglichen in zwei Jahren adquirirt; aber die præſcriptio longi temporis erforderte zehen Jahr inter præſentes, zwantzig inter abſentes: longiſſimi temporis præſcriptio erforderte bald dreißig, viertzig und hundert Jahre, bald eine undenckliche Zeit. Daher es ſcheinet, als ob die præſcriptio unter den Keiſern uſucapionis ſupplendæ cauſſa eingeführet worden, oder daß man geſetzet, wer nicht uſucapiren könte, der ſolte wenigſtens præſcribiren. §. 2. *Inſt. h. t.* So verhielte ſich alſo die Sache vor den Zeiten des Keiſers *Iuſtiniani*. Aber dieſer Keiſer hat die uſucapionem

und

und longi temporis præſcriptionem in eins geſchmoltzen, daher es denn gekommen, daß heut zu Tage kein anderer Unterſchied mehr übrig iſt, als daß wir von den rebus incorporalibus ſagen, ſie werden præſcribirt, von den corporalibus, ſie werden uſucapirt. DONELLVS *in Comment. iur. civ. lib. V.* c. 4. Wir wollen dahero handeln 1) de uſucapione, & longi temporis præſcriptione, welche mit jener in gleicher Claſſe ſtehet. (§. 438. 447.) 2) Von der longiſſimi temporis præſcriptione XXX. annorum ſoll (§. 448. 450) geredet werden. 3) Die longiſſimi temporis præſcriptionem XL. annorum werden wir (§. 451.) erörtern. 4) Was von der longiſſimi temporis præſcriptione centum annorum zu mercken ſeyn wird, ſoll (§. 452.) erörtert werden. 5) Die præſcriptio immemorialis ſoll (§. 454.) erläutert werden. Es entſtehet aber hier die Frage, was iſt uſucapio? Die uſucapio wird in L. 3. D. *de uſucap. & uſurp.* alſo beſchrieben: Eſt adiectio dominii per continuationem poſſeſſionis temporis lege definiti. Es ſcheinet aber, wenn da ſtehet, adiectio, daß man leſen müſſe adeptio, weil ſowol VLPIANVS *in Fragment. Tit. XIX.* §. 8. und ISIDORVS *in Origin. lib. V.* c. 25. ſich dieſes Worts bedienen. Man mag aber die eine oder die andere Leſeart beibehalten: ſo iſt der Verſtand einerlei. Præſcriptio longi temporis wird alſo definirt: Erat exceptio, qua is, qui longo tempore rem poſſederat, ſeſe adverſus dominum tuebatur. Dieſes ſoll alſo ſo viel heiſſen, daß einer, welcher nicht verus dominus iſt, das Eigenthum einer Sache per uſucapionem & longi temporis præſcriptionem erlangen ſoll, wenn er dieſelbe eine lange Zeit beſeſſen, und ſie der wahre Herr nicht wieder gefordert hat. Wir wollen den Fall ſetzen, *Titius* iſt nicht Eigenthümer von einer Sache, die er in Beſitz hat, daher hat derſelbe das Eigenthum, ſo er nicht gehabt, nicht auf mich bringen können. Nichts deſtoweniger, wenn ich, da der wahre Herr zehen Jahr gegenwärtig, oder zwantzig Jahr abweſend geweſen, die Sache ruhig beſeſſen habe: ſo habe ich ſelbige uſucapirt, und bin durch den Beſitz davon Eigenthümer geworden.

§. 439. Hierbei aber entſtehet die Frage, mit was vor Recht dieſes geſchehen könne? Es giebt viele Gelehrte, welche dafür halten, daß die uſucapio weder recht, noch billig ſey, weil ſie ſagen: wer einmal Herr von der Sache iſt, muß es auch beſtändig verbleiben, (§. 333. I.) und derjenige iſt von dem Diebſtahl nicht frei, welcher ſich das Eigenthum einer fremden Sache aus dem Grunde anmaſſen will, weil er dieſelbe ſo lange in Beſitz gehabt. Und auf dieſe Art urtheilet der berühmte Gottesgelehrte AMESIVS *de Conſcientia lib. V.* c. 41. Auf gleiche Art raiſonniret auch CYPRIANVS REGNERVS ab OOSTERGA, ſowol *in Cenſura Belgica* p. 223 als auch *in Diſputat. ad Inſtit.* p. 748. Ueber AMESIVM hat man ſich nicht zu verwundern,

daß derſelbe viele Dinge in der Rechtsgelahrtheit als ungerecht angeben wollen, da er dieſelbe nicht verſtanden hat, aber über REGNERVM AB OOSTERGA muß man ſich um ſo vielmehr verwundern, da derſelbe ein Rechtsgelehrter geweſen, und dieſe Dinge hätte beſſer einſehen ſollen. Inzwiſchen hat AMESII angeführtes Werck den berühmten Rechtsgelehrten VLRICVM HVBERVM bewogen, das fürtrefliche Buch, welches er *Eunomiam iuris Romani* genennet, zu ſchreiben, worin er die Billigkeit der Römiſchen Rechte gegen die feindſeligen Einwürfe unterſchiedener Widerſacher zur Genüge gerettet hat: ob er gleich dieſes unvergleichliche Werck, worüber er geſtorben, nicht hat zu Ende bringen können. Inzwiſchen iſt die Billigkeit der uſucapion in der geſunden Vernunft gegründet, und kan auch aus der Heil. Schrift bewieſen werden. Denn in dieſer ſchützet Jephta das Jüdiſche Volck mit der præſcription gegen die Amoniter. Buch der Richter c. XI, 26. *Quum iam ducentis annis habitavit Iſraël in Heſpon & villis eius & in Aroër & in villis eius, & in omnibus oppidis ad Aronem fluvium ſitis: cur ab eo tempore non vindicatis veſtra?* Hernach lehret auch die geſunde Vernunft, quod ea, quæ nullius ſint, cedant occupanti. (§. 343. I.) Nun ſind aber dieſes nicht allein res nullius, welche nach ihrer Natur und Eigenſchaft in keinem Eigenthum ſind, ſondern auch diejenigen, welche in eines Eigenthum zwar geweſen ſind, aber pro derelictis gehalten werden. §. 46. 47. *Inſt. de rer. diviſ.* Derjenige ſcheinet ſeine Sache derelinquirt zu haben, welcher, binnen einer Zeit von ſo vielen Jahren, weder darnach gefraget, noch von dem Beſitzer wieder gefordert hat. Dahero wird ein ſolcher von dem Eigenthum dieſer Sachen billig ausgeſchloſſen, und was er in ſeinem Eigenthum gehabt, verlieret er aus Strafe ſeiner Nachläßigkeit: daher es denn auch hier heiſſet, res pro derelictis habitæ, cedunt occupanti. (§. 342.) Es kömmt aber noch eine Urſache hinzu, welche ebener maſſen wichtig iſt. Denn es iſt dem gemeinen Weſen viel daran gelegen, ut dominia rerum ſint certa, nec lites immortales de rebus agitentur. Daher denn CICERO *in Orat. pro Cæcin.* c. 26. die uſucapionem finem ſolicitudinis & periculi litium nennet. Denn durch dieſelbe wird zuwege gebracht, daß das Eigenthum der Sachen in eine Gewißheit geſetzet wird, und man nicht mit ewigen Proceſſen darf gequälet werden.

§. 440. Im übrigen, da die uſucapio ein modus adquirendi civilis iſt: ſo erhellet daraus, daß dieſelbe nicht in allen Sachen ſtatt finden könne, und auch nicht für alle Perſonen gehöre. I.) Die Vſucapio kan nicht auf alle Sachen gezogen werden, weil wir nicht aller Sachen Eigenthum erlangen können. Alſo können α) diejenigen Sachen, welche nicht in commercio hominum ſind, z. E. res ſacræ, ſanctæ, religioſæ, communes, publicæ,

blicæ, univerſitatis, nicht adquirirt werden: alſo gehet dieſes auch nicht an durch die uſucapion. L. 9. D. *h. t.* Und dahero ſehen wir, daß die bona fiſcalia, oder Domainen-Güter der Fürſten zu allen Zeiten können wieder gefordert werden, es mag einer dieſelben beſeſſen haben, ſo lange er will, aus keiner andern Urſache, als weil dieſelben nicht in commercio ſind. β) Können auch res vitioſæ nicht uſucapirt werden. Res vitioſæ werden genennet, welche durch Diebſtahl oder Gewalt iemand abgenommen worden ſind: denn da gehet das vitium auf alle Beſitzer, und wird nicht eher gehoben, als bis die Sachen ihren wahren Herrn wieder zu Theil werden. §. 2. 5. *Inſt. h. t.* Daher können dieſelben weder uſucapirt, noch durch den Beſitz einer langen Zeit præſcribirt werden, weil dieſes vitium ihnen beſtändig anhänget. Es gehet doch aber an, daß dieſelben per præſcriptionem longiſſimi temporis können adquirirt werden, welches aber nicht ſo zu verſtehen iſt, als ob ſolches von dem Diebe oder dem Räuber könte zu Wercke gerichtet werden, ſondern ſolches iſt von dem tertio bonæ fidei poſſeſſore zu verſtehen, welcher dieſe rem vitioſam iuſto titulo erworben hat. L. 8. §. 1. *Cod. de præſcript. XXX. vel XL. annor.* γ) Können auch diejenigen Sachen nicht uſucapirt werden, auf welchen ein Verbot lieget, daß man dieſelben nicht veräuſſern ſoll, wohin die res eccleſiaſticæ gehören, (§. 321.) niſi certa obſervantur requiſita. Dahin werden auch gerechnet die Sachen der Unmündigen, oder ſolche, welche mit einem Fideicommiß beſchweret ſind: denn daß ſolche Sachen der uſucapion nicht unterworfen ſind, ſolches kan ein ieder gar leicht ohne vieles Kopfbrechen einſehen. δ) So gehet auch die uſucapio nicht an bei den rebus incorporalibus. Denn von dieſen haben wir gehöret daß dieſelben nicht in dominio, ſondern in bonis ſeyn. (§. 388.) Daher von denſelben geſagt wird, daß ſie nicht uſucapirt, ſondern præſcribirt werden können longo tempore. L. 14. D. *de ſervitut.* Obgleich, wenn wir die Wahrheit bekennen ſollen, heut zu Tage daran nichts gelegen iſt, wie wir ſchon oben (§. 438.) erinnert haben.

§. 441. So konten auch II.) nicht alle Perſonen ſich der uſucapion bedienen, ſondern es muſten nur ſolche ſeyn, welche Römiſche Bürger waren, weil die uſucapio ein ius Quiritarium war. Daher war in den LL. XII. *Tabb.* verſehen: *adverſus hoſtem æterna auctoritas eſto*, wie CICERO *lib. I. Offic.* c. 12. berichtet. Siehe des Hrn. OTTO *diſſert. VIII.* c. 2. §. 2. und deſſen Vorrede, welche er dem *Tomo II. Theſaur. iur. Rom.* vorgeſetzet hat, p. 15. wie auch deſſen *Adnotat. ad* PVFENDORF. *de Offic. hom. & civ. lib. I.* c. XII. §. 12. Diß hoſtis hier ſo viel heiſſe als peregrinus, ſolches zeiget CICERO l. c. und CAIVS in L. 234. *princ.* D. *de Verb. ſignif.* an, in welchem Verſtande ENNIVS von *Scipione Africano* ſaget:

Hic eſt ille ſitus, cui nemo civis neque hoſtis
Quivit pro factis reddere operæ pretium.

Weil nun alſo die uſucapio ein modus adquirendi iuris civilis war, ſo hatten die Fremden dieſelbe mit den Römiſchen Bürgern ſo wenig, als die mancipation gemein. Es ſcheinet aber, daß nachhero dieſes Recht den Latinis Ianianis mitgetheilet worden, wie auch den peregrinis, quibus commercium datum erat. Denn daß dieſelben das ius mancipationis gehabt haben, ſolches können wir aus VLPIANI *Fragm. Tit. XIX.* §. 4. klar erſehen. Denn da der Keiſer *Antoninus Caracalla* durch ein beſonderes Geſätz verordnet hatte, daß alle Freie, welche in der Römiſchen Welt lebeten, die Römiſchen Bürgerrechte haben ſolten: ſo fiel auch das ius latinitatis hinweg, obgleich noch einige peregrinitas übrig bliebe. Daher wir denn finden, daß nach dieſen Zeiten vielen peregrinis das ius nexi, hereditatum & uſucapionis mitgetheilet worden, wie der Baron von SPANHEM *in Orbe Romano Exerc. II.* c. 13. ſeqq. anmercket. Wir müſſen auch hier anmercken, was auctoritas heiſſe, dadurch wird angezeiget facultas agendi, und dahero iſt der Verſtand dieſer: adverſus peregrinum ſemper actioni locum eſſe, nec ab eo umquam opponi poſſe præſcriptionis exceptionem. Welches ſich aber freilich heut zu Tage gantz anders verhält. Denn ietzo kan ein ieder uſucapiren, es mag ein Bürger, oder ein Fremder ſeyn: es wäre denn, daß die ſtatuta verböten, daß die Fremden unbewegliche Güter beſitzen ſolten. Daher fällt auch heut zu Tage der Unterſchied inter res Italici ſoli & provincialis gäntzlich hinweg. Denn obgleich nur jene konten uſucapirt, dieſe aber præſcribirt werden, wie wir oben (§. 438.) erinnert haben: ſo iſt doch dieſes Recht gleichfals geändert worden, ſeit dem der Keiſer *Iuſtinianus* die uſucapion und præſcription zuſammen geſchmoltzen hat. Es hat zwar der Keiſer *Iuſtinianus* in L. un. *Cod. de uſucap. transf.* eine vergebliche Arbeit gethan, qui hoc ius ad prædia etiam provincialia protulit, resque mobiles triennio, immobiles inter præſentes decennio, inter abſentes vicennio uſucapi voluit. Gleichſam, als wenn dasjenige, was er von der uſucapione der unbeweglichen Sachen verordnet hat, nicht ſchon lange vorher durch die edicta prætorum und conſtitutiones principum eingeführet geweſen. Daher denn auch IACOBVS RÆVARDVS *in Triboniano* c. 10. p. 781. die prudentiam legislatoriam des Keiſers *Iuſtiniani* getadelt hat.

§. 442. Wir haben geſehen, was uſucapio, was longi temporis præſcriptio ſey: nun folget das nächſte, welches iſt, daß wir deren requiſita genau betrachten. Es findet alſo keine uſucapio noch præſcriptio longi temporis ſtatt, wenn nicht 1.) bona fides dabei iſt. Wir verſtehen aber hier

hiet per bonam fidem, conſcientiam ad opinionem, da einer ſich für den Eigenthümer einer Sache hält, und nicht anders glaubet, als daß er derſelben Herr ſey. L. 109. D. *de verb. ſignif.* Wenn dahero einer ein Buch kauft, von welchen er überzeuget iſt, daß es nicht dem Verkäufer zugehöret, ſondern iemand anders zugeſtehet: ſo kan er daſſelbe nicht uſucapiren, weil ihm der mala fides im Wege ſtehet. Aber unſer ius civile erfordert nur bonam fidem ab initio, d. i. daß zu Zeiten des gemachten Contrakts oder der Erwerbung einer geglaubet hat, daß er der wahrhafte Herr ſey. Denn der mala fides ſuperveniens, d. i. wenn er hernach erfähret, daß die Sache geſtohlen iſt, ſchadet der uſucapion nichts. L. 48. §. 1. D. *de Adquir. rer. Dom.* Z. E. Ich habe vor zwei Jahren ein Buch gekaufet, wir wollen ſetzen das Corpus Iuris, und habe damals dafür gehalten, daß der Verkäufer wahrhafter HErr dieſes Buchs geweſen iſt; jetzo aber ſaget mir ein anderer, daß er nicht wahrer Herr davon geweſen: ſo gehet es nach dem iure civili dennoch an, daß ich uſucapiren kan. Aber das ius canonicum hat hierin in *c. fin. X. de præſcript.* eine Aenderung getroſen, und geſetzet, daß bona fides continua bei der præſcription ſeyn müſſe, wenn ſie ihre Gültigkeit haben ſoll. Und obgleich der Pabſt am angeführten Orte eine falſche Urſache anführet, und den Spruch, Pauli, was nicht aus dem Glauben iſt, das iſt Sünde, mißbrauchet: ſo hat man doch dieſe Lehre wegen ihrer Billigkeit in praxi faſt überall angenommen. Inzwiſchen hat der Apoſtel *Paullus* gar nicht von dem fide iuridica, ſondern von dem fide ſalvifica geredet.

§. 443. II) Das andere requiſitum iſt iuſtus titulus, i. e. talis cauſſa, quæ ſit habilis ad transferendum dominium, wovon oben (§. 339.) geredet worden iſt. Wo nun aber zwar ein iuſtus titulus iſt, derſelbe aber ad dominium transferendum nicht habilis: ſo würde es abgeſchmackt herauskommen, wenn einer glauben wolte, ſe poſſe rem ita poſſeſſam uſucapere. Alſo z. E. wenn ich ein Haus gepachtet, und daſſelbe zehen Jahr inter præſentes, zwanzig inter abſentes beſeſſen habe: ſo erlange ich nicht deſſelben Eigenthum, weil die locatio conductio kein titulus ad transferendum dominium habilis iſt. Es muß aber dieſen auch kein Geſätz entgegen ſtehen. Z. E. Die Ehefrau uſucapirt nicht diejenige Sache, welche ihr der Ehemann geſchencket hat, ſondern derſelbe kan die Schenckung allezeit wiederrufen, weil die Schenckungen unter Eheleuten gantz und gar verboten ſind. Wenn hier aber der Mann eine Sache ſchencket, die nicht ihm zugehöret hat: ſo kan ſie dieſelbe titulo pro donato gar wohl uſucapiren. L. 25. D. *de donat. inter. vir. & uxor.* Wenn aber iuſtus titulus da ſeyn ſoll: ſo iſt *a*) nicht genug opinio erronea iuſtæ cauſſæ. L. 27. D. *h. t.* § 6. *Inſt. h. t.* Z. E. Ich glaube daß ich ein Buch gekauft habe, welches ſich doch nicht ſo befindet, da findet die

die uſucapio nicht ſtatt. So iſt ſolches auch nicht genug, wenn ein ertichteter oder Schein-Contrakt vorgegangen. Z. E. Zwiſchen dem Ehemann und der Ehefrau kan keine Schenckung geſchehen, wie wir ex L. 1. D. *de donat. inter vir. uxor.* erſehen. Jetzo aber kömmt der Mann, und ſtellet ſich, als ob er ſeiner Frau zwar nicht etwas ſchencken, ſondern vielmehr verkaufen wolte, giebt ihr dahero ein Gut, welches 20000. Thaler werth iſt, und läßt ſich nicht mehr als 100. Thaler dafür auszahlen. Qu. ob die Frau dieſes prædium uſucapiren kan? Wir läugnen dieſes aus dem Grunde, weil die emtio venditio zwar einen iuſtum titulum abgiebet, und der auch ad transferendum dominium habilis iſt: allein es iſt hier kein wahrhafter ſondern ein Scheinkauf, und zwar in fraudem legis, gemacht worden, welcher dahero zur uſucapion nicht hinlänglich iſt. L. 1. §. 2. D. *pro donato.* L. 1. *Cod. plus valere quod agitur.* Endlich iſt auch nicht genug titulus revocabilis, wovon wir ebenfals ein Exempel geben wollen. Es ſchencket mir einer mortis cauſſa einen ſilbernen Becher, welchen er mir auch ſo gleich übergiebet. Der Donator bleibet hierauf noch 5. Jahr am Leben, und wie er ſtirbt, vermacht er *Titio* den mir ehemals mortis cauſſa geſchenckten ſilbernen Becher. Hier wird gefragt: ob ich ſagen kan, daß ich dieſen ſilbernen Becher bona fide & iuſto titulo über drei Jahr beſeſſen, und alſo denſelben uſucapirt habe? Dieſes wird im L. 3. *princ.* D. *de mort. cauſſ. donat.* geläugnet, und zwar mit gutem Fug und Recht. Denn da die donatio mortis cauſſa zu allen Zeiten kan wiederrufen werden: ſo kan auch dasjenige, welches mortis cauſſa geſchencket worden, ſo lange als der donator noch am Leben iſt, nicht uſucapirt werden. L. 30. D. *de mort. cauſſ. donat.*

§. 444. Jetzo folget das II.) requiſitum der uſucapion, ut res uſucapionis ſit capax. Welche Sachen aber uſucapionis incapaces ſeyn, haben wir oben (§. 440.) gezeiget, und wovon wir hernach weiter reden wollen. Jetzo wollen wir nur ſo viel melden, daß auch hieher die res meræ facultatis oder meri arbitrii gehören, in welchen man niemals ein Recht per præſcriptionem erwerben kan, wenn nicht ein actus prohibitivus vorhergegangen, und der andere dazu eine lange Zeit, welche die Geſätze beſtimmet haben, ſtille geſchwiegen hat. L. 1. 2. D. *de ſervitut.* Wir haben oben gehöret, daß die res furtivæ & vi poſſeſſæ nicht konten uſucapirt werden. Denn in dem L. XII. *Tabb.* war die uſucapio rerum furtivarum verboten in Anſehung des Diebes ſelbſt, bis der *Lex Atinia* gegeben wurde, in welchen man zuerſt verordnete, ut quod ſub reptum eſſet, eius rei æterna eſſet auctoritas, niſi ſi in eius, cui ſubreptum eſſet, poteſtatem revertiſſet. GELLIVS *lib. XVIII. Noct. Attic.* c. 7. L. 4. §. 6. D. L. 33. *princ.* D. *de uſurp. & uſucap.* Es iſt ungewiß, wenn dieſes Geſätz gegeben worden, ſo viel aber erſehen wir aus *Gellio*, daß es vor den

Zei-

Zeiten *Scævolæ, Bruti, Manilii* und P. *Nigidii* gegeben worden: wie denn auch deſſen CICERO *Verrin.* 3. gedencket. Daher die Muthmaſſung STEPHANI VINANDI PIGHII *Tom. II. Annalium* p. 255. nicht unwahrſcheinlich iſt, daß dieſes Geſätz A. V. C. 656. und zwar unter dem Burgemeiſter-Amt. C. *Corneli Cethegi* und Q. *Minucii Rufi* von C. *Atinio Labeone*, welcher damals Römiſcher Zunftmeiſter geweſen, gegeben worden ſey. HADRIANVS PVLVÆVS hat einen beſondern *Commentarium ad Legem Atiniam* geſchrieben, und zu Venedig im Jahr 1585 herausgegeben, welcher aber ſo ſelten iſt, daß man ihn in den wenigſten Bibliotheken antrefen wird. Er ſtehet zwar *in Tractatu Tractatuum*: allein dieſes Werck iſt eben ſo wenig anzutrefen, wie jenes. Von den rebus vi poſſeſſis, daß dieſelben nicht konten uſucapirt werden, verbot der *Lex Iulia & Plautia*. Derſelbe diſponirte zwar nur de vi publica & privata, man hat aber denſelben hernach auf die res vi poſſeſſas gezogen. *Lex Plautia* iſt älter, als der *Lex Iulia*, und gedencket deſſen *Cælius* bei CICERONE *lib. VIII. ad Fam. ep.* 8. und ſelbſt CICERO *pro Milone* c. 13. wie auch SALLVSTIVS *de bello Catilinari* c. 31. Daher derſelbe auch in L. 33. §. 2. D. *h. t.* dem *Legi Iuliæ* vorgeſetzet wird. MERILLIVS *lib. VIII. Obſervat.* c. 3. Der *Lex Plautia* iſt A. V. C. 664. unter dem Burgemeiſter-Amt. *Cn. Pompeii Strabonis* und L. *Porcii Catonis*, von M. *Plautio*, welcher damals tribunus plebis geweſen, gegeben worden, wie dieſes der vorher angeführte PIGHIVS *Tom. III. Annalium* p. 228. gar ſchön gezeiget hat. Aber der *Lex Iulia* iſt, wie HOTOMANNVS *de Legibus* p. 77. gar recht angemercket, kein anderer als derjenige, welchen der Keiſer *Auguſtus* de vi publica & privata gegeben hat. MACROBIVS *lib. III. Saturnalium.* c. 17.

§. 445. Noch iſt IV.) ein nöthiges requiſitum, tempus lege definitum, oder wie in L. 24. D. *de donat. inter vir. & uxor.* es gar ſchön genennet wird, ſuffragium temporis. Wie viel aber Zeit erfordert werde, davon iſt oben (§. 438.) geredet worden. Denn nachdem unſer Keiſer *Iuſtinianus* die uſucapionem & longi temporis præſcriptionem gleichſam in eine Maſſe zuſammen geſchmoltzen hat: ſo werden nunmehro die res mobiles ohne Unterſchied, ob der wahre Herr gegenwärtig oder abweſend geweſen, uſucapirt. Hingegen bei den rebus immobilibus müſſen zehen Jahr inter præſentes, zwanzig inter abſentes ſeyn. L. *un. Cod. de uſucap. transf. princ. Inſt. h. t.* Darin aber ſind doch die Geſätze nicht allzu ſtrenge, ſondern wenn der letzte Tag angefangen iſt, ſo wird derſelbe für vollbracht gehalten, L. 6. D. *h. t.* welches ſich anders bei der præſcriptione actionum verhält. L. 6. D. *de obligat. & action.* Wie aber wird es alsdenn gehalten, wenn der wahre Eigenthümer zum Theil abweſend, zum Theil gegenwärtig geweſen iſt? Darauf antworten wir, daß die Jahre der Abweſenheit verdoppelt werden. Z. E. Ich habe von *Titio* ein prædium gekauft, welcher non dominus geweſen; der rechte Herr

deſſelben *Mevius* iſt von der Zeit des geſchloſſenen Kaufs zwei Jahr gegenwärtig, die übrige Zeit aber abweſend geweſen: da wird gefragt, wie viele Jahre ich zu der uſucapion haben muß? Wir antworten darauf, daß achtzehen Jahre dazu erfordert werden, welches folgende Rechnung ausweiſet:

Anni præſentiæ ſunt	2.
Anni, qui deerant, ad uſucapionem decennii	8.
Hi duplicantur	8.
Summa erit	18.

Dieſes wird in der *Novella* 119. c. 8. feſtgeſetzet, aber etwas anders, ob gleich die Sache einerlei iſt. Es wird nemlich in dieſer *Novella* geſaget, daß die Jahre der Abweſenheit mit 2. müſſen getheilet werden, welchen hernach die Jahre der Gegenwart zugeſetzet werden. Wenn nun zehen Jahre herauskommen, ſo iſt die uſucapio richtig: kommen aber wenigere heraus, ſo müſſen ſo viel Jahre doppelt hinzugeſetzet werden, daß die zehen Jahre voll werden. Z. E. Ich habe vor ſechszehen Jahren *Titii* Gut gekaufet, er iſt die zwei erſten Jahre gegenwärtig, die übrigen vierzehen Jahre aber abweſend geweſen. Da wird gefraget: an uſucapionem adimpleverim? Wir wollen dieſes in folgenden erſehen.

Die Jahre der Gegenwart ſind	2.
Die Jahre der Abweſenheit ſind 14. welche wenn ſie durch 2. getheilet werden, ausmachen.	7.
Da nun alſo 7. und 2. noch nicht zehen ausmachen, ſondern nur	9.
ſo iſt ein Jahr zu verdoppeln, d. i.	2.

Und dahero muß ich noch zwei Jahr das Gut beſitzen, ehe die uſucapio pro impleta kan gehalten werden. Im übrigen, was das heiſſen ſoll, qui præſentes, quive abſentes dicuntur, ſolches wird nicht in L. *ult. Cod. de long. temp. præſcript.* erkläret: nemlich, welche neben demſelben Lande ihre Wohnung haben, heiſſen præſentes, welche in andern Ländern wohnen, heiſſen abſentes. Daß aber dieſes von provinciis ſpecialibus ac anguſtioribus zu verſtehen ſey, ſolches haben BRVNNEMANNVS *ad* L. *ult. Cod. de long. temp. præſcript.* und STRVVIVS *in Exerc. ad Pandectas, Exerc. XLIII.* §. 17. wohl erinnert. Denn wenn einer in Oeſterreich ſagen wolte, ein Holſteiner wäre præſens geweſen, weil er ſich in Teutſchland befunden, ſolches würde ſehr abgeſchmackt herauskommen, weil Oeſterreich und Holſtein diverſæ provinciæ ſpeciales, & inter ſe diſſimiliſſimæ ſind. Wir haben in dieſem Spho und zwar am Ende deſſelben von den uſucapionibus und præſcriptionibus der Teutſchen etwas beigebracht, welches wir iezo umſtändlich erläuern wollen. Erſtlich machen die Teutſchen

ſchen keinen Unterſchied inter uſucapionem & præſcriptionem, ſondern ſie haben nur ein einziges Wort, welches die Verjährung heiſſet. Hernach ſcheinet es, daß die Teutſchen dafür gehalten haben, daß dem gemeinen Weſen daran gelegen ſey, damit das Eigenthum der Sachen gewiß ſeyn möge, und damit auch die Streitigkeiten und Klagen einmal ein Ende haben möchten. Daher ſie ebenfalls die præſcriptiones oder Verjährungen eingeführet haben, und geſetzet, daß wer eine unbewegliche Sache dreißig Jahr lang beſeſſen hätte, durch die Verjährung daran das Eigenthum erlangen ſolte. Die Urſache, warum die alten Teutſchen 30. Jahre zur Verjährung choiſirt haben, lieget darin, weil ſie dreißig Jahr für ein Sæculum hielten. PLINIVS *in Hiſt. Nat. lib. XVI.* c. 44. kan uns davon überzeugen, wenn er ſchreibet: *Eſt autem id rarum admodum inventu, & repertum magna religione petitur: & tantæ omnia ſexta luna, quæ principia menſium annorumque his facit, & ſæculi poſt trieſimum annum.* Alſo haben die Teutſchen und Gallier dreißig Jahr für ein Sæculum gehalten, welches man faſt bei allen Teutſchen Völckern antreffen wird. Das allerälteſte Geſätz, worin der Verjährung gedacht wird, iſt die *Decretio Childeberti*, welche LINDENBROGIVS und BALVZIVS bekannt gemachet haben, alwo §. 3 folgendes ſtehet: *Similiter Traiecti convenit nobis campo, ut quaslibet res ad unum ducem & iudicem pertinentes, per decem annos quicumque in concuſſu poſſedit, nullam habeat licentiam intentiandi, niſi tantum cauſſa orphanorum, usque ad* XX. *annos licentiam tribuamus. Si quis ſuper hoc iudicium præſumſerit intertiare, ſolidas* XV. *ſolvat & rem intertiatam amittat. De reliquis vero conditionibus omnes omnino cauſſas* tricennaria *lex excludit, præter id, quod in alia regna huc usque detinuit.* Wobei wir anmercken, daß intertiare ſo viel heiſſe, ac tribus teſtibus adhibitis pergere ad eum, qui res poſſidebat, quas dicebat furto ablatas, & interdicere ei, ut non alienaret, ſed ad iudicium veniret, wie ſolches BALVZIVS *ad Capitular. Reg. Franc. T. III.* p. 1228. aus einer alten Handſchrift gar ſchön erkläret hat. Die Francken ſcheinen dieſes in den folgenden Zeiten gleichfals angenommen zu haben, welches auch in den rebus eccleſiæ & fiſci ſtatt gefunden. Denn ſo ſaget der Keiſer *Ludovicus Pius in Addit. IV. Capitular.* §. 103. *ut de rebus eccleſiarum, quæ ab iis per triginta annorum ſpatia ſine ulla interpellatione poſſeſſæ ſunt, teſtimonia non recipiantur, ſed eo modo contineantur, ſicut res ad fiſcum noſtrum pertinentes contineri ſolent.* Hingegen wenn die Kirchen ihre Sachen wiederfordern wolten: ſo ſtunde ihnen nur die Verjährung von vierzig Jahren entgegen. Denn ſo leſen wir in *Capitular. Reg. Francor. lib. V.* §. 236. *Nec decem anni, neque viceni, vel* XXX. *annorum præſcriptio religioſis domibus opponatur, ſed* XL. *annorum curricula: & non ſolum in ceteris rebus, ſed etiam in legatis & hereditatibus.* Allein es ſiehet ein ieder leichte,

te, daß dieſe letzte Verordnung aus den Römiſchen Rechten, und zwar aus dem L. 24. *Cod. de SS. Eccleſiis* und *Novella* III. c. 1. *Nov.* 131. c. 6. hergenommen ſey, worüber wir uns nicht zu wundern haben, weil bei den Francken der Codex *Theodoſianus* zu allen Zeiten in einer groſſen Hochachtung und Gebrauch geweſen, wie ſolches in unſerer *Hiſtoria iuris lib. II.* §. 18. umſtändlich gezeiget worden iſt. Aber in L. BVRGVNDION. *Tit. LXXIX.* §. 3. wird ebenfalls die dreißigjährige Verjährung bei den unbeweglichen Sachen feſtgeſetzet. Ein gleiches wird auch in L. WISIGOTH. *lib. X. Tit. II.* §. 4. diſponiret, und von den Longobarden bezeuget dieſes ANDREAS BARVLO *in Comment. ad Leg. Langobard. Tit. XXXVI.* Alſo hat nun wohl dieſes ſeine gute Richtigkeit, daß die Teutſchen Völcker darin mit einander übereingeſtimmet haben, daß die Verjährung der unbeweglichen Sachen in Zeit von dreißig Jahren geſchehen ſolte. Aber hierbei wird billig gefraget, ob auch dasjenige, welches die Römer bei der uſucapion erfordert haben, als bona fides, iuſtus titulus, nach Teutſchen Rechten nöthig geweſen iſt? Dieſe Frage kan nicht bejahet werden, auſſer daß die Longobarden dieſes von den Römern gelernet, und inter malæ & bonæ fidei poſſeſſorem ausdrücklich einen Unterſchied gemachet haben. Hingegen in dem *Edicto Theodorici* §. 12. wird nur eine præſcriptio tricennaria feſtgeſetzet, und kein Unterſchied inter res mobiles & immobiles, noch inter bonam & malam fidem gemachet. Eben dieſes müſſen wir auch von den Weſt-Gothen ſagen. Denn obgleich in L. WISIGOTH *lib. X. Tit. II.* §. 14. iuſta poſſeſſio verlanget wird: ſo findet ſich doch niemals, daß ſie einen titulum, oder bonam fidem von dem Beſitzer verlanget hätten, ſondern ſie haben es bei der immerwährenden Beſitzung bewenden laſſen. Und ſo findet man, daß die Francken, Burgunder und andere Teutſche Völcker es ebenfalls alſo gehalten haben. Es möchte hier iemand glauben, daß zwiſchen den Römiſchen und Teutſchen Rechten kein Unterſchied ſey, weil ja auch das Römiſche Recht bei der dreißigjährigen præſcription weder bonam fidem noch titulum erfordere. Allein es dienet zur Antwort, daß bei den Römern die dreißigjährige præſcription nur in ſubſidium eingeführet geweſen, bei den Teutſchen aber die ordentliche Verjährung geweſen, wobei man nur allein auf den Verlauf der Zeit zu ſehen hat. In den mittlern Zeiten iſt das alte Teutſche Recht wegen der Verjährung im Gange geblieben, obgleich einige Teutſche Völcker zu den dreißig Jahren noch einen Ueberſchuß geſetzet haben, z. E. die Sachſen mit ihren Jahr und Tag. Sächſiſch Landrecht *lib. I. art.* 29. An eigen und Erbe mag ſich der Sachs verſchweigen bei dreißig Jahren, Jahr und Tag, und eher nicht. Die beweglichen Sachen werden in Sachſen binnen Jahr und Tag præſcribirt, welches durchs Sachſen-Recht ſoll ſeyn eingeführet wor-

worden: wiewol man in demſelben nichts davon finden kan, und der Text *lib. I. art.* 28. welcher de præſcriptione hereditatis vacantis handelt, kan nicht überhaupt auf alle bewegliche Sachen gezogen werden. SCHILTER in *Praxi iuris Romani in foris Germaniæ, Exerc. XLV.* §. 49. Dieſes Sachſen-Recht macht ebenfalls keinen Unterſchied inter bonæ & malæ fidei poſſeſſorem. Daher der Herr THOMASIVS *in Not. ad Inſtit. & lib. II. Tit. VI.* p. 160. gar recht geſchrieben hat: *Germani primario non reſpexerunt eo, ut eives ad vigilantiam excitarent in vindicandis iuribus ſuis, ſed ad ſolam utilitatem publicam, & litium terminationem, ut videlicet dominia rerum eſſent in certo. Ergo horum bonorum intuitu cognita ipſis fuit ſolum longiſſimi, non vero longi temporis præſcriptio. Vnde veroſimile evadit, eos in hac immobilium præſcriptione nec requiſiviſſe bonam fidem, nec iuſtum titulum, nec etiam vitium violentiæ obſtitiſſe adquiſitioni, ſed ſolum fundaſſe ſe in præſcriptione iuris gentium, nixa dereliction præſumta.* Bei den Schwaben ſcheinet es, daß man gar keine Verjährung zugelaſſen hat. Denn in Sächſiſchen Landrecht *lib. I. art.* 29. heiſſet es: des Reichs-Schatzkammer und die Schwaben mögen ſich nimmer verſchweigen an ihrem angefallenen Erb, dieweil ſie es bezeugen mögen. Woraus dann erhellet, daß dasjenige, was im Schwaben-Spiegel *cap.* 26. ſtehet, und von der præſcription handelt, aus den Römiſchen Rechten genommen iſt. Denn es iſt gar zu offenbar, da geſaget wird, daß die res mobiles binnen drei Jahren, die immobiles binnen zehen Jahren inter præſentes, zwanzig inter abſentes præſcribirt werden können. Eben dieſe Zeit, da man in dreißig Jahren hat præſcribiren können, iſt auch bei andern Völckern gemein geweſen. Daß ſolches in Franckreich alſo gehalten worden, bezeugen IOHANNES IMBERTVS *in Inſtitutionibus iuris Gallici*, NICOLAVS BOERIVS *in Conſuetud. Bituric. Tit. III* §. 7. CHASSANEVS *in Conſuetud. Burgund. Rubr. XIII.* §. 8. Von den Niederlanden bezeuget dieſes ZYPÆVS *in Notitia iuris Belgici* p. 77. *Mobilium uſucapio fere ubique hodie deſiit, & eum rebus ſoli eodem tempore præſcribuntur, quod annis fere paſſim triginta abſolvitur: ut & actiones perſonales durant triginta.* Wiewol auch an einigen Orten in den Niederlanden eine andere Zeit geſetzet iſt, wovon wir die unterſchiedenen Gewohnheiten in unſern *Iure Germanico Lib. II. Tit. IV.* §. 110. angeführet haben. In den Teutſchen Handels-Städten iſt man von dieſer Gewohnheit abgegangen, und hat die Zeit zur Verjährung ziemlich eingezogen, aus Urſachen welche MEVIVS *in Comment. ad Ius Lubec. Lib. I. Tit. VIII. art.* 1. anführet. Vornemlich aber findet ſich dieſes in Lübek. Denn da iſt in dem Lübiſchen Recht *Lib. I. Tit. VIII. art.* 1. von den beweglichen Sachen folgendes verordnet worden: Alles Gut, welches in dieſe Stadt kömmt, doch nicht über See und Sand, und ein Mann bei ſich hat Jahr und

Tag, mag er ſolches beweiſen, ſo kan ihm das niemand mit Recht abgewinnen, oder vor verſtohlen und geraubt Gut anſprechen, doch ſo derjenige, der ſolch Gut anſprechen will, auch binnen Landes geweſen. Von den unbeweglichen Sachen aber lieſet man *Lib III. Tit. VI. art. 3.* Will iemand verkaufte liegende Gründe, ſtehende Erbe und Rente anſprechen, der ſoll es binnen Jahr und Tag thun; Nach dieſer Zeit ſoll es nicht zugelaſſen werden, er beweiſe dann, daß er auſſerhalb Landes geweſen, ſo hat er noch *a tempore ſcientiæ* Jahr und Tag. Wir haben von dieſen Sachen umſtändlich gehandelt in unſerer diſſertation, *de præſcriptione annali iuris Lubecenſis a iure communi diverſa.* Ein gleiches, und daß ſo gar zur Verjährung der unbeweglichen Sachen nur ein Jahr erfordert wird, findet ſich in dem Hamburgiſchen Recht *Part. II. Tit. VIII. §. 7.* Nach Ausgang Jahres und Tages kan niemand verkaufte, verlaſſene, und in der Stadt-Buch zugeſchriebene Erbe anfechten, es ſey denn, daß er durch rechtmäßige Sache ausheimiſch geweſen, ſo hat er billig von Zeit der Wiſſenſchaft noch Jahr und Tag zu genieſſen.

§. 446. 447. Das letzte γ) requiſitum bei der uſucapion und præſcription iſt continua poſſeſſio. Poſſeſſio wird hier nicht in Grammaticaliſchen Verſtande, pro nuda quadam detentione, ſondern in ſenſu civili & iuridico genommen, da es heiſſet, corporalis detentio cum animo ſibi habendi. L. 25. D. *h. t.* Wer nun auf ſolche Art eine Sache durch die von den Geſätzen beſtimmte Zeit beſtändig beſeſſen hat, der kan dieſelbe uſucapiren, und das Eigenthum daran erlangen, daraus folget nun, daß, wenn die poſſeſſio interrumpirt worden: ſo hilft dieſelbe nichts ad uſucapiendum. Interruptio poſſeſſionis wird uſurpatio genennet. Daher haben wir hier ein neues Wort, welches in einer gantz andern Bedeutung von unſern Rechten genommen wird, als daſſelbe ſonſt andere Gelehrte nehmen. L. 2. D. L. 5. D. *de uſucap. & uſurpat.* Es iſt aber die uſurpatio vel interruptio poſſeſſionis zweierlei: vel naturalis, vel civilis. Naturalis geſchiehet per deiectionem, z. E. wenn der wahre Herr den Beſitzer aus dem Beſitz ſeines Guts heraustreibet. L. 5. *Cod. h t.* Civilis poſſeſſionis interruptio geſchiehet durch eine gerichtliche Handlung, wenn der wahre Herr gegen den Beſitzer ſeiner Sache eine Klage anſtellet, und eine Ladung erhält. L. *penult. & ult. Cod. de annal. except.* So bald nun eins von beiden geſchehen iſt, ſo wird dafür gehalten, daß die poſſeſſio ſogleich interrumpirt ſey, und dem Beſitzer kömmt die verfloſſene Zeit, da er beſeſſen hat, gar nicht zu ſtatten, z. E. es iſt einer in Beſitz eines Guts neun Jahr geweſen, in dem zehnten aber wird das Gut in Anſpruch genommen: ſo wird die poſſeſſio interrumpirt, und die

die verfloſſenen Jahre nutzen dem Beſitzer nichts ad uſucapiendum, es wäre denn, daß er für ſich einen guten Abſchied erhielte. In dieſem letzten Fall ſchadet die uſurpatio oder interruptio poſſeſſionis dem Beſitzer gar nicht, und er kan alsdenn noch uſucapiren. L. 1. L. 9. *Cod. de præſcript. long. temp.* Die vornehmſte Frage aber hierbei iſt: an & anni anteceſſoris proſint ſucceſſori? Z. E. Mein Vater hat ein Gut ſechs Jahr, und ich hernach daſſelbe vier Jahr im Beſitz gehabt, quær. ob ich uſucapirt habe? In Beantwortung dieſer Frage hat man folgende Regel wohl zu beobachten: Succeſſor continuat poſſeſſionem auctoris vel anteceſſoris ſui, ſive ſit ſucceſſor univerſalis, e. g. heres, vel ſingularis, e. g. emtor. Aber unter einem ſucceſſore univerſali & ſingulari iſt doch folgender Unterſchied wohl zu beobachten. α) Ein ſucceſſor univerſalis ſetzet den Beſitz ſeiner Sache, die er von dem Verſtorbenen empfangen hat, fort, wenn nur der Verſtorbene in bona fide geweſen iſt. §. 7. *Inſt. h. t.* Denn iſt der Verſtorbene nicht in bona, ſondern mala fide geweſen: ſo ſchadet dieſer mala fides defuncti auch deſſen Erben, ob derſelbe gleich in bona fide iſt, weil er als ein ſucceſſor univerſalis in alle Rechte des Verſtorbenen tritt, adeoque etiam ſuccedit in eius vitia. L. 11. D. *de univerſ. & tempor. præſcript.* Und dahero kan er auch nicht einmal vor ſeine eigene Perſon den Grund zu einer uſucapion legen, weil ihm des Verſtorbenen mala fides zu allen Zeiten im Wege ſtehet. L. 11. *Cod. de adquir. poſſeſſ.* β) Hingegen ein ſucceſſor ſingularis, e. g. emtor, legatarius, donatarius, continuirt die poſſeſſion, welche er von dem auctore empfangen hat, wenn er nur ſelbſt, und der auctor in bona fide geweſen. L. 3. §. *ult.* D, *de adquir. poſſeſſ.* Z. E. Wenn ich von *Titio* ein Gut kaufe, welches er vor acht Jahren bona fide adquirirt hat, ich aber in mala fide bin: ſo kan mir *Titii* Beſitz gar keinen Vortheil ſchaffen. Hingegen wenn *Titius* in mala fide, und ich in bona fide geweſen bin: ſo kan ich uſucapiren, wenn ich die Zeit der uſucapion von mir anfangen will. L. 5. D. *de diverſ. temp. præſcript.* Succeſſor enim ſingularis non tranſit in vitia anteceſſoris, adeoque omiſſa huius poſſeſſione, a ſe poteſt uſucapionis tempus auſpicari.

§. 448 - 450. Wir haben nun den erſten Theil dieſes Titels abgehandelt, nemlich de uſucapionibus & longi temporis præſcriptionibus: daher wir uns ietzo zu den præſcriptionibus longiſſimi temporis wenden, und zuſehen wollen, was es damit vor eine Beſchaffenheit habe. Und zwar wird erſtlich geredet werden von der longiſſimi temporis præſcriptione, welche binnen dreißig Jahren geſchehen kan. Die übrigen præſcriptiones longiſſimi temporis ſind nur zu Ausfüllung dieſer erfunden worden. Nam quæ uſucapi, vel longo tempore præſcribi non poſſunt, ea ſaltem longiſſimo tempore præſcribuntur, & quidem vel XXX. vel XL. vel Centum annorum, vel tempore

pore immemoriali. Von der præſcriptione, welche binnen dreißig Jahren geſchehen kan, iſt folgendes axioma zu mercken: quæcunque ab anteceſſore vel ob malam fidem, vel ob iniuſtum titulum reique vitium uſucapi non potuerunt, ea præſcribuntur a ſucceſſore XXX. annis. Dieſes axioma iſt an und vor ſich ſelbſt deutlich und klar, und bedarf dahero keiner Erklärung. Daher nichts übrig iſt, als daß wir daſſelbe durch Exempel erläutern, und ſehen, was vor Schlüſſe aus dieſem axiomate können gemachet. 1) Wir haben oben gemeldet, daß die res vitioſæ, das ſind, geſtohlene Sachen, oder welche einem mit Gewalt geraubet worden, nicht können uſucapirt werden. Denn das kan weder geſchehen von dem Diebe oder Räuber, welche keinen iuſtum titulum haben, noch von dem tertio poſſeſſore, weil das vitium der Sache ſo lange anhanget, bis dieſelbe wieder in die Hände ihres rechten Herrn gelanget. (§. 444.) Ob nun gleich hier weder eine uſucapio, noch longi temporis præſcriptio ſtatt finden kan: ſo gehet es doch an, daß dieſe Sachen von dem tertio poſſeſſore binnen dreißig Jahren können præſcribirt werden. L. 8. §. 1. *Cod. de præſcript. XXX. vel XL. annor.* Zum 2) können auch nicht die res pupillares & minorum uſucapirt werden, wie wir oben (§. 440.) angemercket haben: und doch können dieſelben nach Verflieſſung einer Zeit von dreißig Jahren præſcribirt werden. L. 3. *Cod. quib. long. temp. præſcript. non obſtet.* Eben dieſe Urſache findet ſich bei dem peculio adventitio der Kinder, welches der Vater den Geſätzen entgegen alieniret hat. *Nov.* 122. c. 24. 3) Verhält es ſich auch ſo bei den Sachen, welche ein malæ fidei poſſeſſor alieniret hat: denn auch dieſe werden auch in einer Zeit von dreißig Jahren verjähret, wenn nur der neue Beſitzer ſelbſt in bona fide geweſen iſt. *Nov.* 131. c. 6.

§. 451. Bisweilen ſind zur Verjährung dreißig Jahr noch nicht hinlänglich, ſondern es werden öfters viertzig Jahre erfordert. Und dieſes iſt die andere Art von der præſcriptione longiſſimi temporis, von welcher hier der dritte Theil dieſes Titels handelt. Hierbei ſind nun einige gar beſondere Fälle wohl zu mercken, in welchen bei der Verjährung nothwendig viertzig Jahr erfordert werden. 1) Wenn einer res fiſcales, und patrimoniales principis præſcribiren will: ſo muß er viertzig Jahre dazu haben. Denn weil dieſe dem Fürſten ſelbſt nicht zugehören, ſondern der Republik, welche dem Fürſten den uſumfructum davon ausgeſetzet hat; ſo folget daraus, daß der Fürſt dieſelben nicht einmal alieniren kan: und wenn dieſes geſchehen, kan es der Nachfolger zu allen Zeiten wiederrufen. Damit doch aber die dominia rerum nicht mögen ungewiß ſeyn, ſo iſt durch die Geſätze verordnet, daß die res fiſcales binnen viertzig Jahren ſollen præſcribirt werden. L. 4. *Cod. de præſcript. 30. vel 40. annor.* Und eben dieſe Satzung

hat

hat man hernach auch auf die bona principis patrimonialia gezogen. L. *fin. Cod de fund. patrim.* Ein gleiches privilegium haben erhalten 2) die Kirchen und Städte, als deren unbewegliche Sachen nur nach einen Verlauf von vierzig Jahren können præſcribirt werden. L. 24. *Cod. de SS. Eccleſiis.* Denn die groſſen Herren haben gemeiniglich den Kirchen-Gütern favoriſirt, damit nicht der Gottesdienſt möchte hindan geſetzet werden, wenn die Kirchen-Güter verloren gegangen: obgleich nicht zu läugnen, daß die Geiſtlichkeit dieſes privilegium öfters ſehr gemißbrauchet haben, und ſelbſt die Republik um ihre beſten Güter gebracht, wie dieſes Kunſtgriffen der P. RICHARD SIMON, welcher ſich den Namen, HIERONYMI A COSSA gegeben, ſolches in den ſchönen Büchelgen, *Hiſtoire des revenües eccleſiaſtiques*, ſehr ſchön ausgeführet hat. Bisweilen wird auch 3) die actio hypothecaria binnen Zeit von vierzig Jahren præſcribirt. Denn der debitor beſitzet entweder die Sache, die verpfändet iſt, ſelbſt, oder ein tertius bonæ fidei poſſeſſor, oder malæ fidei poſſeſſor. Hat ſie der Schuldner ſelbſt in Beſitz: ſo præſcribirt er das ius hypothecæ nach vierzig Jahren. Iſt es ein tertius bonæ fidei poſſeſſor, der die rem oppignoratam hat, der præſcribirt dieſelbe in der ordentlichen Zeit, nemlich zehen Jahr inter præſentes, viginti inter abſentes. L. 1. 2. *Cod. ſi adverſ. creditor.* Iſt es aber ein tertius malæ fidei poſſeſſor, der die verpfändete Sache hat: ſo kan er dieſelbe binnen Zeit von dreißig Jahren præſcribiren. L. 7. *pr.* §. 1. *Cod. de præſcript. 30. vel 40. annor.*

§. 452. Die dritte ſpecies præſcriptionis longiſſimi temporis iſt die præſcriptio centum annorum. Allein es iſt dieſes ein beſonderes privilegium, welches der Römiſchen Kirche zugeſtanden worden in *Authent. Actiones Cod. de SS. Eccleſiis.* Wenn einer dahero Güter oder ein Land beſitzet, welches ad patrimonium Petri gehöret, oder von der Römiſchen Kirche erworben worden: ſo iſt der Beſitzer nicht eher davon Eigenthümer, als bis er hundert Jahr in ruhigen Beſitz geweſen. Allein da wir Proteſtanten mit dem Pabſte nichts mehr zu ſchaffen haben, und uns alſo wenig daran kehren: ſo ſiehet ein ieder gar leicht, daß uns dieſe Dinge nicht angehen, noch verbinden können.

§. 453. Endlich kömmt die letzte ſpecies præſcriptionis longiſſimi temporis, nemlich præſcriptio immemorialis. Dieſe præſcriptio iſt an keine gewiſſe Zeit gebunden, ſondern es iſt genug, ſi in contrarium nulla exiſtit memoria, L. 2. §. 2. & 7. D. *de aqua & aqua pluv.* Wenn man alſo dieſe præſcription beweiſen will, ſo muß dieſes durch ſehr alte Zeugen geſchehen, welche gefragt werden, ob ſie wiſſen, daß dieſer oder jener die Sache von geraumer Zeither beſeſſen habe? Ob ſie ſich nicht erinnern, daß es iemals anders geweſen? ob ſie von ihren Vorfahren vernommen, daß ſich die Sache

eben so verhalten habe? Wenn nun die Zeugen bestärcken, daß ihnen dieses von alten Zeiten her bekannt sey, daß sich die Sache solchergestalt und nicht anders verhalten habe, daß sie auch solches von ihren Vorfahren nicht anders gehöret haben, selbige daneben auch kein Exempel anführen können, woraus das Gegentheil zu ersehen wäre: so ist die præscriptio immemorialis vollkommen richtig erwiesen. Nun ist hierbei zu mercken, daß viele Rechtsgelehrte sagen, durch die præscriptionem immemorialem könten die regalia erlanget werden, z. E. wenn einer das Jagd-Recht oder Müntz-Gerechtigkeit, oder die Gerichtbarkeit von uralten Zeiten her ausgeübet hätte, so sey er sicher durch die præscriptionem immemorialem. Ferner sagen sie auch, daß einer durch diese præscription die Freiheit von den öffentlichen Abgaben erlangen könne: wie sie denn ebenfals solches von den bonis domanialibus vorgeben. Allein was das letzte anbelanget: so wird davon das Gegentheil in c. 33. X. *de iureiurando* gesetzet, da doch dieser Text von den Doctoribus zu Bestärckung ihrer Meinung pfleget angeführet zu werden.

Tit. VII.

De Donatonibus.

§. 454.

Unter die modos adquirendi dominii iuris civilis gehöret auch mit die donatio, worüber sich viele mehr verwundern, als daß sie dasselbe verstehen. Denn sie sagen, donatio ist ein pactum, nun aber erlanget man ja durch ein pactum kein Eigenthum, sondern dasselbe wird durch die darauf folgende Uebergebung erst adquiriret, und dahero könne die donatio kein modus adquirendi, sondern nur ein titulus seyn (§. 339.). Hier können nun die meisten den Keiser *Iustinianum* nicht anders entschuldigen, als daß sie sagen, er scheine die donationem mortis causſa und propter nuptias verstanden zu haben, welche wircklich modi adquirendi gewesen, obgleich keine Uebergebung dazu gekommen. Allein die Sache verhält sich also. IVSTINIANVS folget in seinen *Institutionibus* der Ordnung, welche der alte Rechtsgelehrte CAIVS in seinen *Institutionibus* beobachtet hat, und da ist bekannt, daß zu dieses Mannes Zeiten die donatio ein wircklicher modus adquirendi gewesen, weil sie nicht gegolten, wenn nicht gleich die Uebergabe dazu gekommen. Nach den neuesten Gesätzen, und zwar durch den L. 35. *Cod. de donat.* ist es erstlich aufgekommen, daß eine Schenckung auch ohne die Uebergabe

gabe solte gültig seyn. Und von dieser Zeit an ist die donatio kein modus adquirendi mehr gewesen sondern ein blosser titulus. Es hätte also der Keiser IVSTINIANVS die Ordnung der *Institutionum* ändern sollen, und weil er dieses nicht gethan hat, so hat er wircklich einen Irrthum begangen, ob auch gleich andere denselben entschuldigen wollen. Wir haben davon ausführlich geredet *in Additionibus ad* VINNII *Comment Inst. h. t.* wovon auch die schöne dissertation des Hrn. Canzlers von LVDEWIG *de donatione eiusque barbaro adnexu acceptatione.*

§. 455. 456. Es mag aber diesem seyn, wie ihm will, (denn wegen der Verbindung, welche der Keiser *Iustinianus* machen wollen, dürfen wir nicht groß besorget seyn) so wollen wir erstlich sehen, was die donatio sey, und wie vielerlei dieselbe sey? Wir sagen, donatio est liberalitas in accipientem, nullo iure cogente, collata. Wir sagen, donatio est liberalitas: denn sine re alicuius pretii kan dieselbe nicht bestehen. Auch haben wir gesagt, liberalitas collata in accipientem: denn was nicht unsere ist, das können wir auch nicht schencken. Daher es jenen Indianischen Potentaten lächerlich vorkam, als er hörete, daß der Römische Pabst sein Land den Spaniern geschencket hätte, und sagte, der Pabst müste ein seltsamer Mann seyn, daß er Länder wegschencken wolte, die er niemals gesehen hätte, und ihm auch nicht zugehöreten. Letzlich haben wir in der definition gesetzet, nullo iure cogente. Denn wenn einer einem etwas giebet, welches er ihm schuldig ist, so schencket er nicht, sondern bezahlet. Und daraus erhellet zugleich, daß hier nicht die Rede sey von einem iure imperfecto, sondern perfecto, als welches allein einen Zwang zuläßt. Dahero, wenn einer dem andern etwas ex iure imperfecto giebet, z. E. aus Freigebigkeit, so ist dieses eine Schenckung. Dieses mag von der definition genug seyn: wir wollen uns nunmehro auch zu der Eintheilung wenden. Omnis donatio aut fit inter vivos, aut mortis caussa. Inter vivos geschiehet die Schenckung, welche ohne Absicht auf den Todes-Fall gehet. Mortis caussa donatio aber geschiehet propter suspicionem mortis, und zwar dergestalt, daß der donator die Sache lieber behalten, als einem andern geben will, ausgenommen, wenn ihm etwa was menschliches zustossen möchte. Diese Eintheilung gründet sich auf eine andere, nemlich, daß die donatio vel simplex, vel muneratoria sey. Die donationes, welche ob caussam geschahen, hiessen munera, die simplices aber dona. Dieses hat schön angezeiget CORNELIVS FRONTO *de Differ. Verb.* p. 1331. allwo er saget: *Munus, quod amicus vel cliens, vel libertus officii caussa mittunt Possunt & illa nihilominus dona dici, quæ donant pauperibus divites vel potentes. Illud quoque donum putandum est, quod militibus donatur in castris, ut corona vallaris.* Noch klärer drücket die Sache VLPIA-

NVS in L. 194. D. *de Verb. ſignif.* aus: *Inter donum & munus hoc intereſt, quod inter genus & ſpeciem: nam genus eſſe donum, Labeo a donando dictum: munus ſpeciem. Nam munus eſſe donum cum cauſſa, ut puta natalitium, nuptialitium.* Womit auch MARCIANVS zu vergleichen, wenn derſelbe in L. 214. D. *de Verb ſignif.* ſchreibet: *Munus proprie eſt, quod neceſſarie obimus, lege, more, imperioue eius, qui iubendi habet poteſtatem. Dona autem proprie ſunt, quæ nulla neceſſitate iuris, officii, ſed ſponte præſtantur, quæ ſi non præſtantur, nulla reprehenſio eſt, & ſi præſteutur, plerumque laus ineſt.* Wie die Römer noch nicht ſo viele Reichthümer erworben hatten: ſo ſahe es bei ihnen, und auch ſo gar bei den Anverwendten, ſehr armſelig aus, und man wuſte da nicht viel von Geſchencken. Nachdem aber die Pracht geſtiegen: ſo haben ſie ſich auch in Schenckungen recht prächtig erwieſen. Alſo gaben die Clienten und Freigelaſſenen ihren Patronen, die Knechte den Herren, die Bürger den Keiſern und obrigkeitlichen Perſonen Geſchencke. Artig iſt es, daß man lieſet, daß ſo gar die Knechte ihre Herren haben beſchencken müſſen. Denn ſo ſaget *Davus* bei TERENTIO *in Phorm. Act. I. Scen. I. v. 5. ſeqq.*

Nam herilem filium eius daxiſſe audio
Vxorem, ei, credo, munus hoc corraditur,
Quam inique compartum eſt, hi qui minus habent,
Vt ſemper aliquid addant ditioribus?
Quod ille uneiatim vix de demenſo ſuo,
Suum defraudans genium, deparſit miſer,
Id illa univerſum accipiet, haut exiſtimans,
Quanto labore partum. Porro autem Geta
Ferietur alio munere, ubi erit puero natalis dies,
Vbi initiabunt, omne hoc mater auferet:
Puer cauſſa erit mittundi.

Daß dem Keiſer *Auguſto* Präſente gemacht worden, bezeuget SVETONIVS *in Auguſto* c. 47. Dagegen *Tiberius* verbot, daß ihm iemand was ſchencken ſolte, DIO CASSIVS Lib. LVII. p. 513. *Caligula* befahl, daß man ihm die Geſchencke wieder geben ſolte, SVETONIVS *in Caligula* c. 42. Dagegen *Claudius* ſolche wieder verboten. DIO CASSIVS *lib. LX.* p. 959. Nach dieſer Zeit iſt wohl kein Keiſer geweſen, welcher ſich ſolte geweigert haben, dieſe Sachen anzunehmen. Die obrigkeitlichen Perſonen in den Römiſchen Provinzen durf-

ten

ten keine groſſen Geſchencke nehmen, ob ihnen gleich die kleinen erlaubet waren. L. 6. §. 3. D. *de Offic. Procoſ.* L. 18. D. *de offic. Præſid.* Daher die Enthaltung *Ciceronis* zu bewundern iſt, welcher in der Provinz die Xeniola nicht nehmen wollen, wie er ſelbſt bezeuget *lib. V. ad Attic. ep. 10.* Vornemlich aber pflegten die Römer am erſten Januario einander Geſchencke, welche in ſüſſen Sachen beſtunden, zu ſchicken, wovon MARTIALIS *Epigram. lib. VIII.* 23. ſinget:

Hoc linitur ſputo Iani caryota Kalendis,
Quam fert cum parvo ſordidus aſſe cliens.

und *Epigram. lib. XIII.* 27.

Aurea porrigitur Iani caryota Kalendis,
Sed tamen hoc munus pauperis eſſe ſolet.

Diejenigen, welche reich waren, ſchenckten wohl Gold und Silber, vornemlich aber den Keiſern, wovon die Exempel bei SVETONIO *in Octavio* c. 57. und SYMMACHO *lib. X. ep.* 28. zu leſen. Und daher kömmt das aurum oblatitium, wovon in *Codice Theodoſiano* ein eigener Titel vorkömmt. Es pflegten auch dieſe Schenckungen wohl an den Geburts-Tägen zu geſchehen, da vornehmen Leuten ſolche Geſchencke gegeben wurden, wovon MARTIALIS *lib. IX. Epigram.* 65. ſaget:

Natali tibi, Quinte, tuo dare parva volebam
Munera, tu prohibes, imperioſus homo es.

Vornemlich aber pflegten Vögel, Ringe, und dergleichen Sächelgen mehr, geſchicket zu werden, wie aus MARTIALI *lib. IX. Epigram.* 56. PLAVTI *Epidic. Act. V. Scen. I. v 33.* und PETRONII *Satyrico* p. 14. erhellet. Es pflegten aber die Römer an ihren Geburts-Tägen nicht allein Geſchencke anzunehmen, ſondern auch zu geben, wovon wir in GRVTERI *Inſcript.* p. 414. n. 2. p. 571. n. 1. Spuren antreffen. Eben dergleichen Geſchencke geſchahen in diebus luſtricis, wenn ſie den Kindern die Namen beilegten, wovon FESTVS voce *Luſtrici* p. 507. PLVTARCHVS *in Quæſt. Rom* p. 288. und MACROBIVS *lib. I. Saturnal.* c. 16. können nachgeleſen werden. Daß aber da dem Kinde und der Mutter Geſchencke gereichet worden, davon kan TERENTIVS *in Phorm. Act. I. Scen I. v. 13.* zeugen:

Ferietur alio munere, ubi erit puero natalis dies
Vbi initiabunt: omne hoc mater auferet:
Puer cauſſa erit mittundi.

Es ſind auch hier die Hochzeit Geſchencke nicht vorbei zu laſſen. Denn wer bei den Römern zu einer Hochzeit eingeladen wurde, verſahe ſich mit Geſchencken für den Bräutigam und die Braut, um gegen dieſelben ihre Wohlgewogenheit zu bezeigen, und dieſes ſind die munera nuptialia, welche in L. 1. § 5. D. *de tut. & rat. diſtrah.* L. 13. §. 2. D. *de adminiſtr. tut* vorkommen; wie auch die munera nuptialitia, deren in L. 195. D. *de Verbor ſignif.* gedacht wird. Dieſe Hochzeit-Geſchencke waren öfters ſo wichtig, daß dieſelben zur Ausſtattung der Braut hinlänglich waren, wovon PLINIVS *lib. VI. Ep. 32.* ein Exempel anführet. Nicht wenigere Freigebigk it bezeigeten die Römer in Beſchenckung ihrer Gäſte, welche Geſchencke Xenia genennet wurden, wovon PLINIVS *lib. VI. ep. 31.* saget: *Summo die, abeuntibus nobis xenia ſunt miſſa.* Was der *Lex Cincia* de donis & muneribus verordnet hat, das hat der gelehrte FRIDERICVS BRVNNERVS *in Commentario ad Legem Cinciam* ſehr gelehrt ausgeführet. Nachdem wir dieſes aus den Römiſchen Alterthümern zum voraus geſetzet haben, ſo wollen wir von den donationibus inter vivos und mortis cauſſa noch etwas beibringen, und die Erinnerung geben, daß man nicht dieſelbe mit einander verwechſele. *Iulianus*, wie VLPIANVS in L. 2. D. *de mortis cauſſa donat.* bezeuget, ſagte, es wären drei ſpecies donationis mortis cauſſa, α) wenn einer nicht durch eine gegenwärtige Gefahr geſchrecket, ſondern blos wegen Todes-Gedancken etwas ſchencket. β) Wenn einer wegen gegenwärtiger Todes-Gefahr einem etwas dergeſtalt ſchencket, daß es ſogleich ihm gehöret. γ) Wenn einer durch Todes-Gefahr bewogen, etwas einem zu ſchencken, doch dergeſtalt, daß es nicht gleich ſeine wird, ſondern alsdenn erſt, wenn der Tod würde erfolget ſeyn. Da ſehen wir, daß IVLIANVS in L. 13. §. 1. L. 35. § 4. D. *de mortis cauſſ. donat.* auf ſolche Art philoſophiret hat. Wenn wir aber die Rechnung richtig machen wollen: ſo iſt die zweite ſpecies nicht ſo wol eine donatio mortis cauſſa, ſondern vielmehr inter vivos. Denn es iſt wohl eine donatio morientis, aber nicht mortis cauſſa, welche allezeit kan wiederrufen werden. L. 42. §. 1. D. *eod.* Daher müſſen wir einen Unterſchied machen, ob einer alſo ſchencket, daß das Eigenthum ſogleich auf den Beſchenckten gebracht wird, und der Schencker ſich nur den alleinigen Beſitz bis an ſeinen Tod vorbehält, oder ob der donator will, daß das Eigenthum erſt nach ſeinem Tode auf den donatarium kommen ſoll, wodurch alſo der donatarius weiter nichts als eine Hofnung überkömmt. Im erſten Fall iſt es donatio inter vivos, es mag dieſelbe von einem Geſunden, Krancken oder Sterbenden geſchehen; im letzten Fall iſt es eine donatio mortis cauſſa, es mag nun eine Todes-Gefahr vorhanden ſeyn, oder nicht. Im übrigen erhellet aus dieſen definitionibus klar, daß die donatio inter vivos ſey ein pactum, cui lex adſiſtit, puta L. 35. *Cod. de donat.*

nat. Die donatio mortis cauſſa iſt eine beſondere Handlung, welche theils aus der Natur und Eigenſchaft des pacti, theils aus der Natur und Eigenſchaft des letzten Willens herkömmt.

§. 457. In dieſem §pho wird die Frage zu erörtern ſeyn; quis donare poſſit? Die Antwort iſt gar leicht, utraque donatio eſt liberalitas, quæ dominium in donatarium vel ſtatim, vel in futurum confert. (§. 455.) Nun kan keiner unter Lebendigen das Eigenthum auf iemand bringen, wenn er nicht ſelbſt Herr iſt, und die freie Verwaltung ſeiner Sachen hat §. 40. *Inſt. de rer. divis.* und L. 21. *Cod. mandat.* Unter Todten aber kan niemand ſchencken, als derjenige, qui liberam habet teſtamenti factionem, weil dergleichen Schenckung einen letzten Willen ziemlich ähnlich kömmt. L. 15. D. *de mortis cauſſ. donat.* Aus dieſen beiden axiomatibus flieſſet, α) donare inter vivos non poteſt pupillus, β) neque tutor, multo minus γ) procurator, es wäre denn, daß er mit einer beſondern Vollmacht dazu verſehen wäre. Ferner δ) kan ein impubes nicht mortis cauſſa ſchencken, weil er kein Teſtament machen kan, welches auch von alle denjenigen zu verſtehen iſt, welche keine Teſtamente machen können, z. E. ſervi, peregrini, furioſi, mente capti, prodigi, ſurdi & muti. (§. 514. 519.) Eine Ausnahme findet ſich bei dem filiofamilias. Denn dieſer kan zwar auch nicht ſchencken mortis cauſſa, weil er kein Teſtament machen kan, als in peculio caſtrenſi & quaſi caſtrenſi. L. 1. D. *qui teſt. fac. poſſ.* Aber darin iſt doch ein Unterſchied, daß der filiusfamilias kein Teſtament machen kan, wenn auch gleich der Vater ſolches erlauben wolte L. 6. *princ.* D. *eod.* Aber mortis cauſſa kan der filiusfamilias allerdings eine Schenckung thun, wenn der Vater darein willliget, und ſolche erlaubet. L. 25. §. 1. D. *de mortis cauſſ. donat.* Dieſes iſt ohne allen Zweifel deswegen eingeführet worden, quia teſtamentifactio eſt iuris publici, L. 3. D. *qui teſt. fac. poſſ.* adeoque pater nihil circa illam ſua auctoritate mutare poteſt, dum privato non integrum eſt circa leges diſpenſare: contra donatio inter vivos æque ac mortis cauſſa eſt iuris privati.

§. 458 Es iſt auch gar leichte die andere Frage zu erörtern: cuinam donari poſſit? Die donatio inter vivos iſt ein pactum; ein pactum aber wird nicht eingegangen, ohne eines Verſprechen, und des andern Annehmung: daher wird bei der Schenckung 1) eine acceptatio erfordert, welches CICERO *in Top.* c. 8. wohl angemercket hat. Es iſt auch hier kein Unterſchied inter donationem inter vivos & mortis cauſſa: nam utraque acceptanda eſt. Ja es beſtehet darin eben der Unterſchied inter mortis cauſſa donationem & legatum. vel fideicommiſſum, weil jene von dem gegenwärtigen donatario nothwendig muß acceptiret werden. Das legatum und fideicommiſſum aber kan auch einem Abweſenden, der von der gantzen Sache gar nichts weiß, hinterlaſſen werden.

den. So wird auch 2) erfordert, daß der donator und donatarius zwo unterschiedene Personen seyn müssen. Denn wir haben gehöret, das bei dem einem Theile ein Versprechen, bei dem andern aber eine Annehmung da seyn müsse. Und welcher wolte doch so abgeschmackt handeln, daß er sich selbst was schencken wolte? Und nunmehro sind wir im Stande, die Ursache anzugeben, warum zwischen dem Vater und dem Sohne eine Schenckung nicht gültig ist. L. 1. §. 1. D. *pro donat.* Denn diese sind im rechtlichen Verstande nicht zwo unterschiedene Personen, sondern nur eine eintzige. (§. 139. VI.) Es erhellet auch daraus die Ursache, warum Eheleute währender Ehe einander nichts schencken können. *tot. tit. D. de donat. inter vir. & uxor.* Denn die Frau kam ehemals per confarreationem, coëmtionem & usum in manus mariti, und wurde als eine filia familias betrachtet, welches wir oben, wie auch *in Antiquitatibus Romanis lib. I tit. X. §. 6.* und in *Commentario ad L. Iul. & Papiam Poppæam lib. II.* p. 228. umständlich ausgeführet haben. Wenn nun also die Frau als eine filia familias angesehen worden, so ist sie ja mit dem Ehemann im rechtlichen Verstande nur eine Person gewesen, und dahero hat der Mann ihr auch nichts schencken können. Wiewol obgleich nachhero die conventio in manum aufgehöret hat, so ist doch die Wirckung von dem alten Rechte bei Kräften geblieben, d. i. die Schenckungen sind unter Eheleuten nach wie vor verboten gewesen, wobei man andere Ursachen dieses Verbots anzugeben sich bemühet hat. Z. E. Ne coniuges mutui amoris obtentu se spoliarent, ne venalia essent matrimonia &c. L. 1. L. 2. D. *de donat. inter vir. & uxor.* 3) In donatione mortis caussa wird in specie erfordert, daß der donatarius eine solche Person seyn muß, welcher etwas kan vermachet werden: welchen Personen aber etwas im Testament vermachet werden kan, das werden wir unten sehen (§. 608.).

§. 459. Die dritte Frage, welche wir abzuhandeln haben, ist, quænam res donari possint? Wir haben oben gesaget, donatio est liberalitas. (§. 455.) Durch eine Freigebigkeit wird etwas auf den andern transferirt, welches ihm einen Nutzen schaffen kan. Einen Nutzen aber können schaffen a) alle Sachen, welche in commercio sind. Daher erhellet, daß res sacræ, sanctæ ac religiosæ nicht können verschencket werden, welches auch von den rebus communibus publicis und universitatis zu verstehen ist, als welche von keinen privatis können besessen, und in ihren Nutzen verwendet werden. Ferner geben einen Nutzen b) res incorporales, e. gr. iura, servitutes, obligationes, und dahero ist kein Zweifel, daß nicht auch diese Sachen können verschencket werden. L. 9. *princ.* L. 27. D. *h. t.* Ferner geben einen Nutzen c) omnia præsentia & futura bona: daher auch dieselben können geschencket werden, wenn einer so freigebig, oder verschwenderisch, oder vielmehr so närrisch seyn wol-

te,

te, alle seine gegenwärtigen und zukünftigen Güter iemand zu verschencken. L. 35. §. 4. *Cod h. t.* Damit aber ein solcher unbesonnener Schencker nicht möge Gefahr laufen, Hungers zu sterben: so haben die Rechte weißlich versehen, daß ihm ein gewisser Theil von den Gütern soll überlassen werden, woraus er dasjenige nehmen kan, was zur Leibes Nahrung und Nothdurft gehöret. L. 19. §. 1. L. 49. D. *de re iudic.* Und dieses wird das beneficium competentiæ genennet. Die Schenckung aller Güter ist unter den Bauern-Volck sehr gemein, daß alte betagte Bauern ihren Kindern pflegen alle ihre Güter zu übergeben, und sich einen Auszug vorzubehalten, welches man das Groß-Väter-Recht nennet, wovon die dissertation, welche STRYK *de iure avorum* geschrieben hat, verdienet gelesen zu werden. Endlich d) so kan auch eine res aliena iemand einen Nutzen schaffen, und dahero kan dieselbe auch geschencket werden. Es möchte dieses einigen gottlos und wiederrechtlich vorkommen, daß eines andern seine Sache solte iemand können geschencket werden. Er möchte auf die Gedancken gerathen, daß dieses ein unerlaubter Diebstahl sey, welchen man nicht dulden müsse, si de alieno luditur corio. Allein es ist sehr wohl zu mercken, daß hier gar nicht gefraget werde, ob die Schenckung einer fremden Sache auf dem andern, welchen sie geschencket wird, ein Eigenthum bringe? Dieses wird geläugnet aus der Ursache, weil dasjenige, was der donator selbst nicht hat, in eines andern Eigenthum auch nicht bringen kan. Es wird auch hier nicht gefraget, ob dergleichen Schenckung einer fremden Sache dem wahren Eigenthümer derselben schädlich sey? Denn dieses ist wieder zu läugnen, weil niemanden das Eigenthum seiner Sachen wider seinen Willen kan genommen werden, es müste denn in poenam geschehen. Also schadet diese Schenckung dem wahren Eigenthümer gar nicht, und es stehet ihm nichts entgegen, seine Sache von dem donatario, oder von einem andern Besitzer zu vindiciren. Es verordnen also unsere Rechte nur, daß wenn einer eine fremde Sache iemand schencket, und der donatarius dieselbe bona fide überkömmt, da er nicht weiß, daß es eine fremde Sache ist; so soll alsdenn der donatarius das Eigenthum daran per usucapionem adquiriren können, wenn der wahre Herr binnen der von den Gesätzen bestimmten Zeit die Sache nicht vindiciret. Z. E. Der wahre Herr hat seine bewegliche Sache von dem donatario drei Jahr, die unbewegliche inter præsentes per decennium, inter absentes per vicennium besitzen lassen: so wird dafür gehalten, daß er diese seine Sache pro derelicta halte. (§. 439.)

§. 460. 461. Was wir bisher von den Personen des donatoris und donatarii, wie auch von den Sachen, welche können geschencket werden, gesaget haben, solches gehet sowol auf die donationem inter vivos, als auch mortis causſa. Nun ist noch übrig, daß wir den Unterschied dieser beeden Arten

der Schenckung genau erwegen. Es ſind dieſelben aber von einander unterſchieden 1) modo donandi. Die donatio inter vivos, weil dieſelbe nur ein pactum iſt, erfordert nichts anders, als conſenſum, und daher ſind gar keine Solennitäten dabei nöthig. Allein die donatio mortis cauſſa, weil dieſelbe zugleich von der Natur und Eigenſchaft der letzten Willen Theil nimmt, muß in Gegenwart fünf Zeugen vollzogen werden. L. *ult.* §. *ult. Cod. de codicill.* So ſind ſie auch unterſchieden 2) ratione libertatis donandi. Denn weil man beſorgen muß, daß iemand, welcher unter Lebendigen eine Schenckung macht, am Bettelſtab gerathen möchte, wenn kein Ende und Maaß in Schenckungen gehalten würde: ſo iſt in den Rechten verſehen worden, daß wenn einer über 500. Solidos, d. i. über 2000. Gulden, ſchencken will, er die Schenckung dem Richter inſinuiren ſoll, und wenn dieſes nicht geſchehen, ſo ſoll die Schenckung, welche über gedachte Summe gehet, nicht gültig ſeyn. L. 36. §. *ult Cod. h. t.* Ich muß aber ſelbſt geſtehen, daß mir dieſe Urſache nicht bindig ſcheinet, weil ja erlaubet iſt, alle ſeine Güter zu verſchencken, und man auch dem donatori das beneficium competentiæ gelaſſen hat. Hingegen die mortis cauſſa donatio, welche erſt nach dem Tode des donatoris gilt, macht denſelben nicht ärmer, und da mag ſie ſo groß ſeyn, als ſie nur will, ſo braucht ſie nicht dem Richter inſinuirt zu werden. L. *ult. Cod. de mortis cauſſ. donat.* Es ſind aber dieſe beede donationes auch von einander unterſchieden 3) effectu. Denn die donatio inter vivos bekömmt in continenti ihre Gültigkeit, und kan, wenn ſie einmal geſchehen iſt, nicht wiederrufen werden. Denn was mit beiderſeitigen Willen über eine Sache ausgemachet wird, ſolches kan nur mutuo diſſenſu, nicht aber, wenn es dem andern reuet, wieder aufgehoben werden. Aber die mortis cauſſa donatio, welche von der Natur und Eigenſchaft der letzten Willen Theil nimmt, (§. 456.) kan allzeit wiederrufen werden, quia voluntas hominum eſt ambulatoria usque ad mortem. §. 1. *Inſt. h. t.* L. 1. L. 2. L. 29. D. *de mortis cauſſ. donat.* Sie ſind aber auch unterſchieden 4) ratione translationis dominii. Denn die donatio inter vivos iſt zwar ein titulus ad transferendum dominium habilis: (§. 393.) allein ein titulus giebt nur ein ius ad rem, und das ius in re entſtehet 1) ex ſubſequente traditione, (§. 339.) und daher kan auch einer von einer geſchenckten Sache nicht eher Eigenthümer werden, als bis die traditio geſchehen iſt. §. 4. *Inſt. de rer. diviſ.* Hingegen weil die mortis cauſſa donatio einem letzten Willen gleich iſt (§. 456.), durch den letzten Willen aber einer das Eigenthum einer Sache ohne tradition überkömmt, ſo bald als der Tod des teſtatoris oder donatoris erfolget iſt: (§. 339.) ſo erhält auch der donatarius ſogleich das Eigenthum an der geſchenckten Sache, ſobald als der donator aus dieſer Welt Abſchied genommen hat, wenn nur die

Schen-

Schenckung bei ſeinen Lebzeiten von ihm nicht wiederrufen worden iſt, L. 6. D. *de mortis cauſſa donat.* Es ſind aber auch dieſe beeden donationes ferner unterſchieden 5) ratione ſolutionis. Denn wer ex donatione inter vivos belanget wird, der hat das beneficium competentiæ, nec in ſolidum condemnatur, ſed in tantum, quantum facere poteſt, uti diximus. (§. 459. II.) Dagegen wenn der Erbe die Schenckung, welche mortis cauſſa geſchehen iſt, erledigen ſoll, und derſelbe nicht den vierten Theil der Güter in Sicherheit hat: ſo kan er die quartam Falcidiam davon abziehen, von welcher wir unten (§. 658. ſeqq.) umſtändlich handeln werden. Letzlich ſind auch dieſe beeden donationes von einander unterſchieden 6) actionibus. Denn wenn wir fragen, qua actione perſequamur donationem inter vivos? ſo haben wir kurtz vorhero gemeldet, daß dieſelbe ein pactum ſey. Die pacta brachten bei den Römern keine Klage herfür, auſſer, wenn es legitima, oder prætoria, oder adiecti contractus bonæ fidei waren. (§. 777.) Nun iſt aber ein ſolches pactum legitimum die donatio inter vivos, weil ihr die Geſätze zu Hülffe kommen, und befehlen, daß die verſprochene Schenckung ſoll geleiſtet werden. L. 35. *Cod. de donat.* Weil aber aus allen pactis legitimis die condictio ex lege entſtehet: (§. 1157) ſo folget daraus, daß die donatio inter vivos durch die condictionem ex lege, nemlich ex L. 35. §. 4. 5. *Cod. de donat.* kan gefordert werden. Und ſo wird auch dieſe Klage in *Nov.* 162. edit. *Scrimger.* genennet, obgleich dieſe Worte in der Verſione *Haloandrina* fehlen. Wenn aber bei der Schenckung eine ſtipulatio geſchehen iſt: ſo kan dieſelbe in dieſem Fall actione ex ſtipulatu gefordert werden. *princ. Inſt. de Verbor. oblig.* Im Gegentheil iſt die donatio mortis cauſſa den ultimis voluntatibus gleich, (§. 456.) und daher entſtehen auch daraus eben die actiones, welche ex legatis herkommen, nemlich actio perſonalis ex teſtamento, hypothecaria, & rei vindicatio. Denn daß alle dieſe Klagen ex legatis entſpringen, ſolches werden wir unten (§. 639.) hören. Allein hierbei iſt wohl zu mercken, daß alle die Klagen erſt nach dem Tode des donatoris können angeſtellet werden. Wie aber wird es nun gehalten, wenn der donator dergleichen Schenckung, welche mortis cauſſa geſchehen iſt, wiederrufen will? Da bedienet er ſich der actione in rem, oder der rei vindicatione, weil kein Eigenthum auf den donatarium iſt gebracht worden. L. 29. D. *de mortis cauſſ. donat.* Gleicher Geſtalt kan er auch condictionem cauſſa data, cauſſa non ſequuta anſtellen. L. 30. D. *de mort. cauſſ. donat.*

§. 462. Kurtz vorhero iſt erinnert worden, daß die donatio inter vivos unwiederruflich ſey: (§. 460. III.) und dieſes iſt die Regel, welche wir zu beobachten haben. Weil aber keine Regel iſt, welche nicht auch ihre Ausnahme hat, vornemlich in der Rechtsgelahrtheit: L. 202. D. *de reg. iur.* ſo

findet sich auch dieses bei gegenwärtiger Regel. Es wird also die donatio inter vivos wiederrufen, 1) si sit inofficiosa L. 5. L. 7. *Cod. de inoffic. donat.* Was inofficiosum heisse, das wollen wir bald weitläuftiger erklären, wenn wir auf die Abhandlung des Titels *de inofficioso testamento* kommen werden. Jetzo wollen wir nur so viel sagen, daß in unsern Rechten inofficiosum alles dasjenige genennet werde, wodurch die Kinder, Eltern, Brüder und Schwestern lædiret werden in portione sua legitima. Also sagen wir, es ist ein testamentum inofficiosum, in welchen diesen Personen der Pflicht-Theil nicht überlassen worden. Dos inofficiosa heisset, welcher so groß ist, daß den übrigen Kindern nicht einmal der Pflicht-Theil verbleibet. Und also nennen wir auch donationem inofficiosam diejenige Schenckung, wodurch die Kinder in ihrem Pflicht Theile beschädiget werden, diese aber kan wiederrufen werden. 2) Revocatur etiam quid, quia ultra 500. Solidos donatum est sine insinuatione iudiciali. Die Menschen sind zwar eben sonst nicht groß geneigt, vieles wegzuschencken, und dem Exempel des Frantzösischen Marschalls *Monmorangi* nachzufolgen, welcher, als er einmals auf dem Spiele über 40000. Louis gewonnen hatte, und einen armen Edelmann sagen hörte, daß wenn er einmal einen solchen Zug thun solte, er Zeit seines Lebens glücklich seyn würde, sich gegen ihn umkehrete, und zu ihm sagte: Mein Freund, nehmet dieses Geld hinweg, ich wolte nicht gerne die Nachrede haben, als ob ich durch Zurückhaltung einer solchen Kleinigkeit euch unglücklich gemacht hätte. Es pflegt doch aber bisweilen zu geschehen, daß sich die Leute durch ihre Freigebigkeit dergestalt von allen Mitteln entblössen, daß sie nichts übrig behalten, als ihren baaren Pfennig in der Hand, und einen weissen Stab. Da nun dem gemeinen Wesen sehr viel daran gelegen ist, daß einer seine Sache nicht mißbrauche, §. 2. *Inst. de his, qui sui vel alien. iur. sunt*, und es mehr eine Verschwendung, als eine Freigebigkeit ist, wenn man mit dem Seinigen nicht vernünftig umgehet: so ist in den Gesätzen versehen worden, daß derjenige, welcher über 500. Solidos, d. i. so viel Hungarische Ducaten, schencken will, er die Schenckung dem Richter ad acta insinuiren muß. L. 21. D. L. 34. *princ.* L. 36. *fin. Cod. de donat.* Wenn aber diese insinuatio nicht solte seyn beobachtet worden: so gilt zwar die Schenckung bis auf 500. Ducaten, was aber über diese Summe weggeschencket worden, solches kan wiederrufen werden. Aber wie wird es alsdenn gehalten, wenn viele Schenckungen zu unterschiedenen Zeiten geschehen sind, z. E. *Titius* hat *Mevio* vor drei Jahren 200. Ducaten, vor zwei Jahren 300. und vor dem Jahr 400. geschencket, da wird gefraget, ob die Schenckung, welche über 500. Ducaten beträget, und ohne insinuation geschehen ist, ungültig sey? Dieses kan nicht bejahet werden: doch aber muß man wohl mercken, daß wenn dieses in fraudem legis

gis geſchehen, es alsdenn allerdings ungültig ſeyn würde. L. 34. §. 3. *Cod. h. t.* Noch eine Frage muß hier beantwortet werden: wie es alsdenn gehalten werde, ſi quotannis certa ſumma donata? Darauf dienet zur Antwort: wenn die Schenckung auf Lebenszeit geſchehen iſt, bedarf es keiner inſinuation; weil es ja ungewiß iſt, wie lange der donatarius leben wird. Wenn aber der Erben Meldung geſchehen iſt, da muß alsdenn die inſinuatio dazu kommen, weil man verſichert iſt, daß dieſe annua quantitas die Summe von 500 Dukaten überſteigen werde. L. 34. §. 4. D. *h. t.* Es giebt aber auch einige Schenckungen, welche gar keiner inſinuation bedürfen, ob dieſelben gleich ſehr groß ſeyn, z. E. wenn etwas geſchenckt worden, α) die Gefangenen damit zu erlöſen. L. 36. *princ. Cod. h. t.* β) Alte eingefallene oder durch Brand in die Aſche gelegte Häuſer wieder aufzubauen. L. 36. §. 2. *Cod. h. t.* γ) Wenn der Magiſter militum (Colonel) den Soldaten etwas geſchencket hat. L. 36. §. 1. *cod* δ) Wenn die donatio reciproca und remuneratoria iſt. Z. E. Der Bräutigam ſchencket ſeiner Braut einen Ring, welcher tauſend Ducaten werth iſt, und dieſe ſchencket ihm dagegen einen andern, welcher 500 Ducaten koſtet: ſo iſt kein Theil beſchädiget, und iſt alſo auch keine inſinuatio iudicialis nöthig. So wird die Schenckung wiederrufen 3) propter ingratitudinem donatarii. Es iſt aber die ingratitudo zweierlei, vel ſimplex, wenn einer ſeinem Wohlthäter nicht wieder wohlthut; vel prægnans, wenn einer ſeinem Wohlthäter Gutes mit Böſem vergilt. Da wird nun gefraget, ob ingratitudo ſimplex oder prægnans hinlänglich ſey, die Schenckung zu wiederrufen? Wir antworten darauf: daß die ingratitudo ſimplex hier in keine Betrachtung kan gezogen werden, ſondern es wird insbeſondere erfordert, α) vel atrox iniuria, vel β) inſidiæ donatoris vitæ ſtructæ, vel γ) impiæ manus donatori ut ſint illatæ, vel δ) ut magnæ bonorum donatoris parti inſigne damnum intulerit donatarius. Der Grund dieſer Lehre findet ſich in L. *ult. Cod. de revoc. donat.* Woraus auch dieſes zugleich zu mercken iſt, daß der donator zwar die Schenckung von dem ingrato donatario wiedernehmen kan, ſolches aber von deſſen Erben nicht geſchehen könne. Denn wenn der donator die gethane Schenckung nicht wiederrufen hat, ſo gewinnet es das Anſehen, daß er das Unrecht vergeben und vergeſſen habe. Sodann iſt eine Haupt-Regel: actiones, quæ ad meram vindictam tendunt, heredibus non dantur. Ja es kan auch nicht gegen die Erben des ingrati donatarii geklaget werden, quia ad vindictam actio comparata eſt, & vindicta locum non habet, ſi adverſus eum, qui nos adfecit iniuria. Hier aber hat der Erbe dem donatori kein Unrecht gethan. L. 7. *Cod. de revoc. donat.* Letzlich kan auch die Schenckung wiederrufen werden 4) ob ſupervenientiam liberorum, welches ſie ex L. 8 *Cod. de revoc. donat.* erweiſen wol-

len, und worüber der berühmte Frantzösische Rechtsgelehrte ANDREAS TIRAQVELLVS einen gar gelehrten *Commentarium* geschrieben, und denselben zu Lion 1574. *in fol.* an das Licht gestellet hat. Allein das angeführte Gesätz redet nur von einem besondern Falle, wenn der Patron seinem Freigelassenen entweder alle seine Güter, oder einen Theil derselben geschencket, und nachhero Kinder erzielet hat. Nun kan man aber die Rechte, welche die Patroni gehabt, nicht gleich auf andere ziehen, weil einem der Unterschied gleich in die Augen fällt. Allein die Rechtsgelehrten dehnen dieses Gesätz sehr weit aus, daß sie allen donatoribus dieses Recht beilegen, ja dasselbe so gar den liberis supervenientibus zugestehen. MERILLIVS *lib. II. Observ.* c. 34. und ob sie gleich keine andere Ursache anführen, quam quod nemo videatur alienas successiones propriis anteponere. L. 30. *Cod. de fideicomm* so ist nichts destoweniger, wie es gemeiniglich zu geschehen pfleget, diese irrige Meinung in foro angenommen.

§. 463. Es ist noch eine species quædam donationis singularis übrig, nemlich donatio propter nuptias, welche ehemals ἀντιφέρνη genennet wurde, oder donatio ante nuptias, weil die Eheleute währender Ehe einander nichts schencken konten, nisi certis ex causſis, z. E. mortis causſa, servi manumittendi gratia. Dieses Verbot hat der Keiser *Antonimus* in L. 24. D. *de donat. inter vir. & uxor.* bestättiget, aber doch auch zugleich den Frauens erlaubet, ihren Männern etwas zu schencken in gewissen Fällen, ut vir ab imperatore lato clavo, vel equo publico ornaretur. VLPIANVS *in Fragm. Tit. VIII.* §. 1. PAVLVS *Recept. Sentent. lib. II. Tit. XXIII.* Dieses aber ist deswegen versehen worden, ne coniuges ob mutuum amorem se invicem spoliarent, wie VLPIANVS in L. 1. D. *de donat. inter vir. & uxor.* redet. Gantz anders hat hernach der Keiser *Iuſtinianus* raisonniret, und dem Ehemanne erlaubet, seiner Frau eine donationem propter nuptias zu machen. §. 3. *Inſt. h. t.* Aber was ist donatio propter nuptias? Wir antworten darauf: Est donatio, quam maritus uxori vel sponsus sponsæ facit in securitatem dotis. Wenn dahero der Bräutigam seiner Braut einen Ring, oder etwas anders schencket, ohne einige Absicht auf den dotem zu nehmen: so heisset dieses largitas sponsalitia, wovon in L. 16. *Cod. de donat. ante nupt.* geredet wird. Weil nun diese Schenckung in securitatem dotis gegeben wird: so folget daraus, α) ut doti ratione quantitatis & conditionis sit similis. Denn so hat es der Keiser IVSTINIANVS in *Nov.* 97. ausdrücklich verordnet, da sich dieses ehemals gantz anders verhielte. Wenn also z. E. die Frau dem Manne einen dotem von 10000. Thalern mitbringet, so muß alsdenn die donatio propter nuptias oder die Wiederlage sich eben so hoch belaufen. So folget auch daraus, β) ut in uxorem constante matrimonio non transeat dominium,

sed

ſed tantum ius pignoris in bonis mariti. L. 29. *Cod. de iure dot. Nov. 61. c. 1. princ.* Endlich flieſſet auch daraus, γ) ut nec fructus rei hunc in modum donatæ accipiat uxor conſtante matrimonio. Denn wenn die Frau die fructus davon bekommen ſolte: ſo würde dem Manne die Mitgabe gantz unnützlich werden. L. 29. *Cod. de iure dot.* Denn der dos wird gegeben ad ferenda matrimonii onera: nun wollen wir aber ſetzen, daß meine Frau mir einen dotem von 10000. Thalern mitgebracht hat, ich aber ihr zur Wiederlage ebenfalls 10000. Thaler ausgeſetzet habe. Wenn ich nun die fructus dotis, nemlich 500. Thaler bekomme, und meine Frau die fructus donationis propter nuptias, die ebenfals in 500. Thalern beſtehen, wegnehmen wolte: ſo würde es eben ſo viel ſeyn, als ob ich von ihr nichts empfangen hätte, und die Mitgabe würde mir nichts nutzen ad ferenda onera matrimonii. Wir müſſen nun aber auch nach unſerer Gewohnheit ſehen, wie es bei den Teutſchen mit der Schenckung gehalten worden iſt. Unſere lieben Alten ſind zu allen Zeiten ſehr freigebig geweſen. TACITVS *de mor. Germ.* c. 21 ſchreibet von ihnen: *Abeunti, ſi quid propoſcerit, concedere moris: & poſcendi invicem eadem facilitas. Gaudent muneribus. Sed nec data imputant, nec acceptis obligantur.* In den folgenden Zeiten haben ſie dieſe Gewohnheit behalten, welches man aus ihren Geſätzen erſehen kan, worin der Schenckungen, und was man dabei beobachtet hat, gar öfters Meldung geſchiehet, als in L. *Burgund. addition. Tit. XLIII. & LXI.* L. *Wiſigoth. Lib. V. Tit. II. §. 6.* und *Tit. IX. §. 1.* L. *Longobard. Lib II. Tit. XV.* und L. *Baiuvar. Lib. II. Tit. XV. §. 2.* geſchiehet. Wenn man nun dieſe Stellen mit einander vergleichen will: ſo wird ſich finden, daß die Teutſchen ihre Schenckungen vor dem Richter in Gegenwart einiger Zeugen gethan, oder darüber öffentliche Inſtrumente aufgerichtet haben. Ferner, daß nur diejenigen etwas haben verſchencken können, welche die freie Gewalt gehabt haben, mit ihren Gütern nach Gefallen zu ſchalten. Sodann ſiehet man auch, daß nur freiwillige Schenckungen, nicht aber gezwungene gültig geweſen ſind, und daß keine fremde noch ſtreitige, ſondern eigene Sachen haben können geſchencket werden. Letzlich erhellet auch, daß die einmal geſchehene Schenckungen nicht haben können wiederrufen werden, es wäre denn geweſen, daß ſich der donatarius derſelben unwürdig gemachet hätte. Aus den ſchriftlichen Urkunden und den Geſchichtſchreibern der mittlern Zeiten leget ſich zu Tage, daß die Uebergebung der geſchenckten Sachen auf eine feierliche Weiſe geſchehen müſſen, abſonderlich wenn einer etwas den Kirchen geſchencket hat. Was nach dem alten Sächſiſchen Rechte bei den Schenckungen beobachtet werden müſſen, davon findet man in dem Sachſen-Spiegel unterſchiedene Satzungen. Von den unbeweglichen Sachen lieſet man *Lib I. art. 52.* folgen-

gendes: Ohne der Erben Laub und ohne Gericht mag kein Man sein eigen Gut, noch seine Leuth vereben, vergiebt er es aber wieder Recht ohn der Erben Urlaub, die Erben mögen sich ihres Guts wol unterwinden mit Recht, als ob der todt war, der es gab, darumb, daß er es nicht vergeben mochte. Von den beweglichen Sachen aber, wenn diese sollen verschencket werden, war folgendes gesetzet: Alle fahrende Habe aber giebt der Man wohl ohne Laub der Erben in allen Stedten, und a. allen Oerten, und lässet und verleihet sein Gut, allein daß er sich also vermöge, daß er begürtet mit einem Schwerd, und mit einem Schild auff ein Roß kommen möge, von einem Stein oder Stok, einer Daum ellen hoch, ohne Hülffe, also doch, daß man ihm das Roß und den Stegereiff halte. Wann er das nicht thun mag, so mag er sein Gut weder vergeben noch verlassen, noch geleihen, dadurch ers jemand entfrembdet, der es wartend wäre nach seinem Tode. Der Schwaben-Spiegler hat von diesen Sachen nichts aufgezeichnet, wovon der Hr. THOMASIVS *in Not ad Inſtit. lib. II. Tit. XV.* p. 182. die Ursachen anführet. Noch eine besondere Verordnung von der Schenckung, die von einem Krancken geschiehet, meldet das *Ius municipale Saxonicum art. 65.* Kein Mann oder Weib mögen im Siechbett ihres Guts nichts vergeben, daß über fünf Schilling werth sey ohne der Erben Urlaub. Aus dieser Stelle ist eine andere im Sächsischen Land-Recht *lib. I. art. 52.* zu erklären, aus welcher einige geschlossen haben, ein Krancker könne niemand was schencken. Die Worte lauten also: Wer in Kranckheit auch seine Habe oder Gut vergiebet, oder versetzt zu der Zeit, als er es nicht thun mag, das Weib und das Jngesind soll niemand darum beschuldigen, sintemal sie des Mannes Gab doch nicht wiedersprechen möchten, sie wäre recht oder unrecht. Da ist der Verstand gar nicht dieser, daß ein krancker Mann nichts schencken dürfe, sondern wenn er mehr geschencket hat, als ihm erlaubet gewesen, daß alsdenn weder die Frau, noch das Hausgesinde darum sollen belanget werden, welche aus egard gegen den donatorem nicht haben zuwider seyn wollen. Daß dem also sey, erhellet aus den Worten, welche gleich darauf folgen: Giebt man jemands ichts zu unrecht, das fordert man von dem wieder, dem es gegeben was. Das Weib antwortet für kein Gut, denn für das, daß zu der Zeit ihres Mannes Tote unter ihr erstorben ist. Ob aber eine Frau ihre Gerade iemand verschencken könne, daran wird heut zu Tage in Sachsen gar nicht mehr gezweifelt, obgleich der Sachsen-Spiegel dieser Gewohnheit entgegen stehet. Denn da heisset es *lib. I. art. 32.* Darumb mag ein Weib ihrem Mann eine Gabe geben

an ihrem Eigen, oder an ihrer fahrender Hab, da ſie es ihrem rechten Erben mit entfremdde nach ihrem Todte. Beſiehe davon SCHILTERI *Prax. iur Rom. in for. Germ. Exerc XLII.* §. 14. Was die Schenckung aller Güter betrift, ſo iſt dieſelbe bei den alten Teutſchen erlaubet geweſen. In dem L. RIPVARIOR. *XLVIII.* leſen wir davon folgendes: *Si quis procreationem filiorum vel filiarum non habuerit: omnem facultatem ſuam in præſentia Regis, ſive vir mulieri, vel mulier viro, ſeu cuicumque libet, de proximis vel extraneis adoptare in hereditatem, vel adſatimi per ſcripturarum ſeriem, ſeu per traditionem & teſtibus adhibitis, ſecundum legem Ripuariam licentiam habeat.* Die LEGES WISIGOTHORVM *Lib. V. Tit. II.* §. 6. haben davon folgende Verordnung: *Qui vero ſub hac occaſione largitur, ut eamdem rem ipſe, qui donat, uſufructuario iure poſſideat, & ita poſt eius mortem ad illum, cui donata fuerit, res donata pertineat: quia* Similitudo *eſt* Teſtamenti, *habebit licentiam, immutandi voluntatem ſuam, quando voluerit, etiamſi in nullo laſum ſe fuiſſe dixerit.* Es machten alſo die Weſt Gothen einen Unterſchied, ob die Sache dem donatario übergeben worden, entweder vere, oder per fictionem, oder nicht übergeben worden. War die Schenckung geſchehen, und die Uebergebung erfolget: ſo konte ſie nicht wiederrufen werden. War aber die Sache nicht übergeben worden: ſo konte man die Schenckung zu allen Zeiten wiederrufen. In L. BAIVVAR. *Tit IX* §. 3. iſt folgende Satzung enthalten: *Si nec filios, nec filias, nec nepotes, nec pronepotes, nec ullum de propinquis habeat, ſed in uxorem aut* donatione *aut* teſtamento *ſive partem, ſive omnes contulerit facultates, & hac deinde in viduitate perſiſtat, & memoriam mariti cum pudicitia caſtitatis obſervet, ut omnia, quæ a marito ei ſunt donata, poſſideat, & ea, in quem voluerit, pro ſuo iure tranſfundat.* Daß überhaupt bei den Teutſchen erlaubet geweſen, alle ſeine Güter zu verſchencken, davon könten wir hier etliche Urkunden anführen, wenn es nicht zu weitläuftig fiele. Dieſelben können indeſſen nachgeleſen werden in des Hrn. Canzlers von LVDEWIG *Reliquiis MSCtorum omnis ævi.* Daß heut zu Tage dergleichen auch noch im Gebrauch ſey bei den Bauern, davon iſt oben geredet worden. Weil ehemals dergleichen Schenckungen aller Güter in der Marck Brandenburg ſehr überhand genommen haben, ſo hat man an einigen Orten in den Stadt-Thoren eine groſſe Keule aufgehangen, und den Leuten eine Erinnerung in folgenden Versgen gegeben:

Wer den Kindern giebt das Brodt,
Und leidet ſelber Noth,
Den ſoll man ſchlagen mit dieſer Keule todt.

Endlich iſt auch zu mercken, daß mit Annehmung der Römiſchen Rechte ſich die donationes propter nuptias eingeſchlichen haben: wiewol dieſelben nicht allezeit den dotibus gleich geweſen, ſondern ſich bisweilen zweimal ſo hoch erſtrecket haben, wie man aus einer Urkunde ſehen kan, welche GVNDLING. in diſſert. *de coëmtione uxorum, dote & morgengaba.* §. 24. p. 56. aus MVRATORII *Antichita Eſtenſi Tom. I.* c. 39. pag. 381. anführet. Man hat dieſes in Teutſchland eine Wiederlage, Gegen-Steuer, Gegen-Vermächtniß, Verweiß, Gegen-Geld genennet, und mehrentheils iſt die Summe deſſelben dem eingebrachten Gut der Frauen gleich geweſen. Ja noch heut zu Tage wird dergleichen unter Fürſtlichen und Gräflichen Perſonen beobachtet, welches in den Ehe Verträgen pfleget ausgemachet zu werden, und da bedienet man ſich ohngefehr folgender Formel: Gegen abgeſetzte 32000. Gulden Heurathsguths wollen wir gedachte Prinzeſſin, *N.* als unſerer künftigen Geliebten Gemahlin, auf unſern Aemtern und Schlöſſern, *N. N.* ſambt denen dazu gehörenden Dörffern, Höffen, Vorwerckern, Renthen und Zinſen, Gehölzen, Fiſchereien, Jagten, Gerichten und Gerechtigkeiten 32000. Gülden Heurathguths, und dann 32000. Gülden Wiederlegung und Gegen-Geldes, welches dann in einer Summa 64000. Gülden austräget, verſchreiben ꝛc. ꝛc. Andere Formeln hat der Hr. von Ludolph *de iure feminarum illuſtrium, in Appendice* beigebracht.

Tit. VIII.

Quibus Alienare Licet, Vel Non.

§. 464.

In dieſen gegenwärtigen Titel wird *de iure alienandi* gehandelt, worin eine Regel und zwo Ausnahmen zu mercken ſind. Die Regel iſt: dominus poteſt rem ſuam alienare. Denn dieſes flieſſet aus der Natur und Eigenſchaft des dominii. Wir haben oben (§. 335.) geſaget, das dominium ſey ein ius in re corporali, ex quo facultas de eo diſponendi eamque vindicandi naſcitur. Wenn alſo mit dem dominio die Befugniß mit ſeinen Sachen frei zu ſchalten und zu walten verknüpfet iſt: ſo erhellet daraus deutlich und klar, daß einer auch befugt ſey, ſeine Sache zu alieniren. Hernach flieſſet auch dieſe Regel ex definitione alienationis. Denn alienare heiſſet, abdicare ſe dominio ſuo & transferre in alium. Nun aber kan dieſes niemand

mand anders thun, als welcher Herr von seinen Sachen ist: wer aber kein dominium hat, der kan auch dasselbe auf keinen andern transferiren. Dieses war unsere Regel. Allein es leidet dieselbe zwo Ausnahmen, von welchen in gegenwärtigen Titel gehandelt wird, und welche THEOPHILVS *in Paraphraſi Institutionum h. t.* nicht uneben παράδοξα δόγματα, *positiones paradoxas* nennet. Nemlich 1) bisweilen geschiehet es, daß einer Herr seiner Sachen ist, und doch nicht alieniren kan, wovon unten (§. 465. seq.) ausführlich soll gehandelt werden. 2) Bisweilen hat einer, der sonst nicht von der Sache Herr ist, das ius alienandi, wovon (§. 467. seq.) geredet wird.

§. 465. 1.) Bisweilen kan der Herr seine Sachen nicht veralieniren, und dieses beweiset der Keiser IVSTINIANVS *princ. Inſt. h. t.* mit dem Exempel des Ehemanns, welcher dominus dotis ist, und doch nicht allezeit das ius alienandi dotem hat. Daß der Ehemann das dominium dotis erlange, solches läugnet der Hr. PAGENSTECHER *in Aphoriſmis Inſtitut.* §. 79. p. 142. Dahero ist unsere Pflicht, zu beweisen, daß der Ehemann Herr von dem dote werde, wobei wir zugleich unsers gelehrten Gegners Schein-Grund widerlegen wollen. Daß der Ehemann dominus dotis sey, beweisen wir α) aus dem *princ. Inſt. h. t.* alwo der Keiser *Iuſtinianus* denselben ausdrücklich dominum dotis nennet. Wir beweisen es ferner β) aus dem L. 7. §. 3. D. *de iure dotium*, alwo VLPIANVS mehr als einmal saget, daß der dos in bonis mariti sey, eam fieri mariti, eius effici &c. So wird dieses auch bewiesen γ) aus der Wirckung. Denn wir haben gehöret, daß das dominium in facultate de re ſua diſponendi bestehe, diese Befugniß aber hat der Herr, welcher auch den ſervis dotalibus im Testament die Freiheit geben kan. L. 2. *Cod. de iure dotium.* Der Herr hat auch die Befugniß, seine Sachen zu vindiciren, nun aber kan die Frau währender Ehe den dotem nicht vindiciren. L. 8. §. 8. D. *h. t.* L. 9. *Cod. de rei vindicat.* Hingegen kan der Mann denselben vindiciren. L. 24. D. *Rer. amotar.* Weil nun alsv der Herr das ius vindicandi allein hat: so ersiehet man daraus klar, daß der Ehemann allerdings dominus dotis seyn müsse. L. 20. L. 24. *Cod. de rei vindicat.* Diese Wahrheit, welche die vernünftigsten Rechtsgelehrten eingesehen und erkannt haben, ist von andern, und sonderlich von dem gelehrten Hrn. PAGENSTECHER in Zweifel gezogen worden. Denn er spricht, in L. 30. *Cod. de iure dotium* würde gesaget, quod legum ſubtilitate tranſitus rerum dotalium in patrimonium mariti videatur fieri, ideo rei veritatem non deleri, vel confundi. Daraus folgert der Hr. PAGENSTECHER, maritum quidem dominum dotis videri ſubtilitate iuris, non autem eum revera dominum eſſe. Allein wir antworten darauf, daß der Keiser im angeführten Gesätz von dem iure uxoris in dotem diſſoluto matrimonio rede, und dahero der Verstand obge-

dachter Worte vielmehr dieſer ſey: quamvis maritus ſubtilitate legum ſit dominus dotis conſtante matrimonio, revera tamen uxoris dominium in dotem tantum quieſcere, & reviviſcere ſimul ac diſſolutum ſit matrimonium. Inzwiſchen läugnet niemand, daß auch der dos bisweilen in re incorporali, z. E. in dem Nießbrauch, in dem Rechte Bier zu brauen u. d. m. beſtehe. Aber es iſt keine Folge, wenn Herr PAGENSTECHER daraus ſchlieſſen will, iura non poſſe eſſe in dominio, (§. 335.) ergo nec dos in dominio mariti. Wir antworten darauf, wenn wir ſagen, daß der Ehemann dominus rei dotalis ſey, daß eine res corporalis zu ſupponiren, in welcher ein Eigenthum Platz ergreifen kan, z E. ein Gut, Geld, Heerde Vieh, u. d. m. So dann wenn die iura, als res incorporales, nicht in dominio ſeyn können: ſo wiſſen wir doch aus dem L. 49. D. *de Verbor. Signif.* daß dieſelben können in bonis ſeyn. Hæc autem quidem diſtinguunt iura verbis, cum effectu revera ſint eadem, itaque ſatis animadvertimus, maritum eſſe dotis dominum. Aber ob nun gleich dieſes ſeine ausgemachte Richtigkeit hat: ſo iſt dem Manne doch zum Theil die Befugniß zu alieniren durch den *Legem Iuliam de adulteriis* verboten worden. PAVLLVS *Recept. Sentent. lib. II. Tit. XXIV.* Denn da bei den Römern die Eheſcheidungen ſehr gemein waren, weil der Mann die Frau nach Gefallen aus dem Hauſe treiben konte, wie IVVENALIS ſaget *Sat.* VI. *v.* 146. ſeq.

Collige ſarcinulas, dicit libertus, & exi:
Iam gravis es nobis.

Es waren die Eheſcheidungen bei den Römern ſo gemein, daß SENECA ſaget, daß die Weiber in Rom zu ſeiner Zeit nicht mehr die Jahre nach den Burgemeiſtern, ſondern nach ihren Männern gezählet hätten. Weil es nun dadurch öfters geſchahe, daß eine ſolche verſtoſſene Frau an Bettelſtab gerieth, wenn der Mann den dotem durch die Gurgel gejaget hatte: ſo erbarmte ſich der Keiſer *Auguſtus* über dieſe arme Creaturen, und verordnete, ne mariti fundum Italicum dotalem uxore vel invita alienarent, vel conſentiente obligarent. IACOBVS GOTHOFREDVS *ad* L. *Iul. Papiam* c. XX. p. 334. ſeqq. ſuchet zu behaupten, daß dieſes aus dem *Lege Iulia & Papia* hergekommen ſey: allein es iſt wahrſcheinlicher, daß dieſe Verordnung ein Stück des *Legis Iuliæ de adulteriis* ausgemachet habe, wie denn PAVLLVS *in Recept. Sentent. Lib. II. Tit. XXI* ſolches dem *Legi Iuliæ de adulteriis* ausdrücklich beizählet. BRISSONIVS *in Comment. ad Leg. Iul. de adult.* c. 29. p. 123. Aber warum iſt dieſes Geſätz nur auf die prædia Italica gegangen? Die Antwort iſt hierauf gar leichte, nemlich, weil die prædia Italica, nicht aber die provincialia uſucapirt werden konten, wie wir dieſes ſchon oben angemercket haben. Und dahero war es nicht nöthig, daß man dem Manne die Veräuſſerung des prædii dotalis

talis provincialis unterſagte, weil dergleichen prædium nach getrenneter Ehe von der Frau allezeit wieder vindiciret werden konte, und keine exceptio uſucapionis ſtatt funde. Aber der Keiſer *Iuſtinianus* hat hier zwo Veränderungen gemachet. Denn a) hat er den Unterſchied aufgehoben inter fundum dotalem Italicum & provincialem, welches er b) mit dem Unterſchied inter oppignorationem & alienationem gleichfals gethan hat. Dahero hat derſelbe verboten, daß kein fundus dotalis, es möchte derſelbe Italicus oder provincialis ſeyn, ſolte können veräuſſert, oder verpfändet werden, wenn nicht die Frau darein willigte. Dieſes aber hat der Keiſer *Iuſtinianus* um deswillen gethan, weil er erkannt, daß es dem Ehemanne ein leichtes ſey, das Gemüth ſeiner Frauen durch Schmeicheleien einzunehmen, daß dieſelbe alsdenn gar leichte in die Veräuſſerung des fundi dotalis kan inducirt werden. Denn wenn der dos in beweglichen Sachen beſtehet: ſo iſt kein Zweifel, daß denſelben der Ehemann veräuſſern kan, allein wenn er in einer unbeweglichen Sache beſtehet, ſo kan er dieſes niemals zu Wercke richten. Ferner iſt auch der fundus dotalis æſtimato datus davon ausgenommen. Denn wenn die æſtimatio venditionis cauſſa geſchehen iſt: ſo hat der Ehemann ein volles Eigenthum erhalten, und die Frau muß zufrieden ſeyn, wenn dieſelbe nach getrennter Ehe den Werth wieder empfänget. L. 10. §. 11. D. L. 5. L. 8. *Cod. de iure dotium.* Es iſt auch nicht allezeit die Veräuſſerung des dotis inæſtimatæ dem Ehemann verboten: z. E. wenn die Veräuſſerung nothwendig iſt, welches geſchehen kan, wenn die Frau Schulden gemacht hat, und bezahlet werden ſoll, L. 1. D. *de fundo dotali*, oder wenn auch dieſe Veräuſſerung den Nutzen der Frau offenbar befördert. L. 26. *Cod.* L. *ult.* D. *de iure dotium.*

§. 466. Wir haben nun das erſte Exempel geſehen, da einer, welcher Herr von einer Sache iſt, dieſelbe nicht veräuſſern kan: das andere Exempel finden wir bei den pupillis. Ein pupillus iſt ein paterfamilias, und Herr über ſeine Sachen, ſo gut als wie der minor, und doch kan keiner von beiden etwas von den Gütern veräuſſern, weil ſie ſub tutela & cura ſtehen, und dahero keine freie Gewalt haben, mit ihren Gütern nach Gefallen zu ſchalten. Darin aber findet ſich doch ein mercklicher Unterſchied, daß die Veräuſſerung, welche von einem pupillo geſchehen, ipſo iure null und nichtig iſt, die aber von dem minore geſchehen, gültig iſt, wenn ein Eid dazu gekommen, nam iusiurandum ex minore facit maiorem. *Auth. Sacramenta puberum. Cod. ſi adverſ. vendit.* Weil nun alſo dem pupillo nicht erlaubet iſt, ſeine Sachen zu veräuſſern: ſo folget daraus, daß derſelbe kein Geld verleihen kann. Denn das mutuum iſt eine wirckliche Veräuſſerung, wie dieſes IOANNES WISSENBACHIVS gegen den gelehrten CLAVDIVM SALMASIVM ausgeführet hat, daß alſo heut zu Tage niemand mehr daran zweifeln wird. Wir ſchlieſſen daraus, a) daß

wenn das Geld noch vorhanden iſt, welches der pupillus ausgezahlet hat, die rei vindicatio ſtatt finden kan. Denn wenn der pupillus alienans nichts thut, welches ſeine Gültigkeit haben kan: ſo wird auch kein Eigenthum transferirt. Wenn kein Eigenthum transferirt wird, ſo bleibt der pupillus Eigenthümer: wenn er aber Eigenthümer bleibet, ſo kan er ſeine Sache, wo er ſie findet wieder vindiciren. (§. 335.) Wir ſchlieſſen ferner daraus, β) daß wenn das Geld von dem Empfänger bona fide gebraucht worden, alsdenn keine rei vindicatio ſtatt finden könne. Denn wie wolte einer dasjenige wohl vindiciren, welches nicht mehr vorhanden wäre. Jedoch hat der pupillus actionem perſonalem oder condictionem certi ex mutuo ad tantumdem in eodem genere reſtituendum. So ſchlieſſen wir auch daraus, γ) daß wenn einer von einem pupillo pecuniam mutuam empfangen, und daſſelbe mala fide gebrauchet hat, wieder denſelben alsdenn die actio ad exhibendum könne angeſtellet werden. Denn obgleich dieſe Klage nur gegen den Beſitzer einer Sache ſtatt findet, L. 7. §. 3. 4. D. *ad Exhibendum*, derjenige aber, welcher das Geld mala fide gebraucht hat, nichts beſitzet: ſo haben doch die Rechtsgelehrten die Regel angenommen, qui dolo malo poſſidere deſiit, pro poſſeſſore habetur. L. 5. §. 2. L. 12. §. 3. L. 14. D. L. 5. *Cod. h. t.* L. 131. D. *de Reg. Iur.* Auf eben dieſe Weiſe verhält es ſich, wenn der pupillus ſine auctoritate tutoris etwas auszahlet. Denn weil auf ſolche Art ebener maſſen eine Veräuſſerung geſchiehet: ſo iſt dergleichen Zahlung an ſich null und nichtig, und dasjenige, was gezahlet worden, wird als ein indebitum angeſehen, und kan gleichfalls durch obige Klagen wieder gefordert werden. Endlich iſt dieſes auch merckwürdig, daß einem pupillo, ob er gleich Herr von ſeinen Sachen iſt, ſine auctoritate tutoris & magiſtratus decreto nichts kan ausgezahlet werden, ausgenommen die Zinſen von zwei Jahren, und wenn ſich dieſelben nicht über hundert Ducaten erſtrecken, welche alsdenn dem tutori, nicht aber dem pupillo können gezahlet werden. L. 25. L. 27. D. *de adminiſtr. tut.* Wer alſo einem pupillo, oder tutori ſine interpoſito decreto magiſtratus etwas zahlet, und das Geld entweder von dem pupillo oder dem Vormunde übel angewendet, oder durchgebracht wird, oder wohl gar verloren gehet, der wird durch dieſe Zahlung nicht befreiet, ſondern iſt ſchuldig, von neuen zu bezahlen. Es möchte iemand auf die Gedancken kommen, und ſagen, der Zuſtand des pupilli wird ja dadurch verbeſſert, wenn ihm etwas gezahlet wird, und dahero könte derſelbe auch bei dieſer Handlung allein concurriren. (§. 251.) Allein eben dieſes wird geläugnet Denn wie kan dadurch derjenige den Zuſtand des pupilli verbeſſern, welcher demſelben eine ſolche groſſe Summe Geldes auszahlet, ut gaudeat equis; canibusque & aprici gramine campi, utilium tardus proviſor, prodigus æris, wie ſich HORATIVS

gar

gar schön ausdrücket. Würde dieses nicht eben so viel seyn, als wenn man einen tollen Menschen den Degen in die Hand gäbe?

§. 467. Wir haben nun das erste thema paradoxum zu Ende gebracht, daß einer Herr seiner Sachen seyn kan, ihm aber deswegen nicht erlaubet ist, seine Sachen zu veräussern. II.) Jetzo folget das andere, daß einer von einer Sache nicht Herr ist, ihm aber doch frei stehet, dieselbe zu veräussern, wovon uns der Keiser *Iustinianus* gleichfalls zwei Exempel an die Hand giebet. Denn *a*) creditor, cui a debitore pignus traditum est, non fit pignoris dominus, sed aliud habet ius in re a dominio plane diversum, (§. 334.) und doch ist demselben erlaubet, daß wenn der Schuldner nicht zahlet, daß er das Pfand veräussern, und sich aus dem Gelde Genugthuung verschaffen kan: L. 4. D. *de pignorat act.* und der Schuldner kan diese Veräusserung auf keine Art hindern, als wenn er das Geld mit den völligen Zinsen dem Gläubiger giebet. Denn es würde dem Gläubiger das Pfand nicht im geringsten nutzen, ihm auch keine Sicherheit leisten, wenn er nicht solte das Recht haben, dasselbe zu veräussern, und sich also schadlos zu halten. Ob nun gleich diese Regel in und vor sich selbst ihre vollkommene gute Richtigkeit hat: so muß man doch ratione modi distractionis einen Unterschied machen, ob zu dem Pfand-Contrakt das pactum de distrahendo pignore hinzugekommen, oder ein pactum dazu gesetzet worden, daß das Pfand nicht soll distrahirt werden, oder ob gar nichts von dergleichen gedacht worden. Wir müssen diese Sache auseinander wickeln. *a*) Pactum de distrahendo pignore est, quando debitor creditori concedit, ut si intra certum tempus æs alienum non dissolvatur, pignus possit vendi. Und dieser Vertrag, wenn er gemachet wird, ist allerdings erlaubet. Hingegen wenn paciscirt worden, daß wenn binnen einer gewissen Zeit nicht wird bezahlet werden, alsdenn der Gläubiger das Pfand haben, und dessen Eigenthümer werden solte: so wird dieses lex commissoria oder pactum commissorium genennet, und ist unerlaubet und verboten. L. *ult. Cod. de pact. pignor.* Die Ursache dieser Verordnung lieget am Tage. Denn wenn das pignus distrahiret oder verkaufet wird, so leidet der Schuldner keinen Schaden, weil der Gläubiger nach empfangener Schuld-Forderung dem Schuldner zurücke giebet. Hingegen wenn der Schuldner, welcher sich säumig bezeiget, so gleich das Pfand verlieren, und dasselbe dem Gläubiger ipso iure zugeeignet werden solte: so würde der Schuldner dadurch einen überaus grossen Schaden leiden, weil das Pfand gar öfters zweimal so viel werth ist, als die Schuld-Post, welche der Schuldner empfangen hat. Damit wir nun wieder zu den vorigen kommen, so ist zu fassen, daß wenn das pactum de distrahendo pignore zu dem contractu pignoratitio hinzugesetzet worden, alsdenn der Gläubiger das Pfand ohne An-

Ankündigung, simul ac debitor est in solvendi mora, verkaufen könne. L. 4. D. *de pignorat. act.* L. *ult.* §. 1. *Cod. de iur. dom. impetr.* b) Wenn sie aber sich mit einander vertragen haben, daß das Pfand nicht soll verkaufet werden, und der Schuldner ist in mora solvendi: so muß eine dreimalige Ankündigung vorhergehen, und da kan denn erst das Pfand veräussert werden. L. 4. D. *de pignorat. act.* c) Haben sie aber mit einander nichts ausgemachet, so ist nur eine Ankündigung genug: und wenn diese geschehen ist, muß noch eine Zeit von zwei Jahren gewartet werden, ob unterdessen der Gläubiger die Zahlung thun will. L. 4. *Cod. de distrah. pignor* In allen diesen Fällen muß die distractio feierlich bewircket werden, und zwar sub hasta, durch eine öffentliche auction, da man den Werth der Sache so hoch hinaus zu bringen suchet, als man kan. L. 4. L. 7. L. 10. *Cod. eod.* L. 14. L. 22. §. *ult.* D. *de pignorat. act.* Findet sich nun ein Käufer zu der verpfändeten Sache, so wird das Eigenthum derselben auf ihm gebracht, so bald als ihm dieselbe zugeschlagen wird, und der Schuldner kan alsdenn dieselbe nicht wieder fordern, wenn er gleich den Werth derselben wieder geben will. L. 46. D. *de adquir. rer. dom.* L. 18. *Cod. de distrah. pignor.* Wolte sich aber zu der feilgebotenen Sache kein Käufer finden: so ist alsdenn eine neue denunciatio nöthig, und wenn diese geschehen ist, muß der Richter eine Zeit bestimmen, binnen welcher soll bezahlet werden. Ist diese verflossen, so wird alsdenn das Pfand dem Gläubiger für einem gewissen Werth zugesprochen: jedoch dergestalt, daß dem Schuldner frei stehe, binnen zwei Jahren die Schuld-Post nebst dem aufgelaufenen Zinsen dem Gläubiger anzubieten, und also das Pfand einzulösen, L. *ult.* §. 2. 3. *Cod. de iur. dom impetr.*

§. 468. Eben dieses thema paradoxum suchet unser Keiser *Iustinianus* mit dem zweiten Exempel eines Vormundes zu erläutern, als welcher Vormund nicht Eigenthümer der Sachen seines Unmündigen ist, sondern nur die Verwaltung derselben führet, und dennoch kan derselbe bisweilen diese Sachen gar recht veräussern. Wir sagen mit Bedacht, er kan sie gar recht veräussern. Dieses aber zu verstehen muß man einen Unterschied machen unter beweglichen und unbeweglichen Gütern. Sind es bewegliche Güter: so ist es erlaubet, dieselben zu veräussern, wenn dieselben nur keinen allzu hohen Werth haben, & servando servari non possunt. L. 22. *Cod. de administr. tut.* L. *ult. Cod. quando decr. non opus.* Hingegen wenn es unbewegliche und bewegliche Güter von grossen Werth sind: so können dieselben nicht veräussert werden, nisi accedente magistratus decreto. L. 22. *Cod. de administr. tut.* Hierbei aber sind doch zwo Ausnahmen wohl zu beherzigen, in welchen die Veräusserung erlaubet ist. α) Wenn der Vater die Veräusserung im Testament erlaubet hat, L. 1. §. 2. L. *ult.* D. *de reb. eor. qui sub tut.* β) Wenn die

die Veräusserung aus Nothwendigkeit geschehen muß, z. E. weil Schulden da sind, weil ein socius auf die Theilung provociret, si alius gaudeat iure retroventionis. L. 1. §. 2. D. *eod.* His enim casibus tutor etiam sine impetrato magistratus decreto iure alienat res pupillares.

Tit. IX.

Per Quas Personas Cuique Adquiritur.

§. 469.

Bei der Materie de modis adquirendi mischet der Keiser *Iustinianus* die Frage de personis, per quas adquirimus, mit ein, welches eine schöne und in der That praktische Materie ist. Damit wir nun dieselbe nach unserer angenommenen Weise recht durchgehen: so wollen wir ein axioma zum Voraus setzen, aus welchen hernach diese gantze Lehre von selbst fliessen soll. Das axioma soll folgendes sey: Adquiritur nobis non solum per nosmetipsos, sed etiam per res nostras. Also ist z. E. kein Zweifel, daß nicht das Geld meine sey, welches durch die Arbeit meines Pferdes verdienet wird. Der Vogel, welchen mein Falcke fänget, gehöret mir zu. Ein anderer Beweis dieser Regel ist herzunehmen aus dem §. 354. alwo wir gesaget haben, accessorium sequitur suum principale: adeoque quidquid vel naturæ beneficio, vel arte atque industria rei nostræ accedat, nostrum esse.

§. 470. 471. Aus diesem axiomate fliesset nun von selbsten, 1) quidquid adquirit servus noster, illud nobis adquiritur. Denn ein Knecht ist nach den Grundsätzen unserer Rechte eine res, per res autem nostras adquirimus: (§. 469.) ergo per servos nostros nobis adquiritur, i. q. e. d. Es möchte hier iemand den Einwurf machen, daß ja die Knechte bisweilen ein peculium gehabt hätten, welches manchmal ziemlich groß gewesen, und daß sonderlich denjenigen Knechten zugehöret hätte, welche man vicarios genennet, BRISSONIVS *de Verb. Signif. voce* Vicarius: was nun also diese adquiriret hätten, wäre ja ihr eigen gewesen. Allein wir antworten darauf, daß dieses ein peculium profectitium gewesen sey. Das Eigenthum aber und der ususfructus eines peculii profectitii gehörte nicht dem Knechte, sondern dem Herrn zu, und die Knechte hatten weiter nichts, als die Verwaltung, und dem Herrn stunde frei, dieses peculium an sich zu nehmen, wenn es ihm beliebte. L. 7. §. 1. D *de pecul.* Ein schön Exempel davon finden wir bei TERENTIO *in Phorm. Act.* 1. *Scen* 1. *v.* 5. alwo es heisset:

Quod ille unciatim vix de demenſo ſuo,
Suum defraudans genium, comparſit miſer,
Id illa univerſum accipiet, haut exiſtimans,
Quanto labore partum.

Es beruhet daher unſere Regel auf einem feſten Grunde, quidquid adquirebant ſervi, etiam dum genium ſuum defraudantes aliquid comparſerant, id omne adquiſitum domino fuiſſe. Dahero folgete daraus, daß wenn der Knecht viele Herren hatte, ſo adquirirte er allen pro rata, i. e. pro parte dominii, niſi unius iuſſu ſpeciatim, vel cui ſpeciatim ſtipulando adquiſiverit. §. 3. *Inſt. h. t.* Wir wollen dieſen Fall ſetzen, um der Sache ein Licht zu geben. *Mevius*, *Titius* und *Caius* haben einen ſervum communem, Davum. Fingamus porro Mevii ſervum illum eſſe pro parte dimidia, Titii pro quarta, Caii itidem pro quarta parte. Nun wollen wir ſetzen, dieſer Davus iſt ein Künſtler, ein Steinſchneider, und hat 1200. Thaler erworben. Da bekömmt *Mevius* 600. Thaler, hingegen *Titius* und *Caius* bekommen ieder 300. Thaler. Ob nun gleich dieſe Regel ſonſt ihre gute Richtigkeit hatte: ſo war doch bisweilen den Herren wenig daran gelegen, wenn die Knechte ihnen etwas erwarben. Denn wenn z. E. *Mevii* Knecht hundert Katzen oder Hunde erworben hätte, die nichts werth wären, was würde *Mevio* wohl damit vor ein Dienſt geſchehen? Dahero machten die Römer einen vernünftigen Unterſchied inter dominium, poſſeſſionem & hereditatem. Das dominium erwarb ein Knecht auch ſeinem Herrn, da dieſer gar nichts von der Sache wuſte, oder auch wol gar wider deſſen Willen, weil keine Gefahr dabei vorhanden. Die poſſeſſio aber wurde dem domino non niſi ſcienti & volenti erworben, weil dieſelbe bisweilen gefährlich war. Die Erbſchaften erwarben die Knechte ihren Herren nur auf derſelben Befehl, weil es gefährlich war, eine Erbſchaft anzutreten, da man nicht wiſſen konte, ob nicht etwa groſſe Schulden vorhanden waren. L. 44. §. 1. D. *de adquir. rer. dom.* §. 3. *Inſt. h. t.* Im übrigen iſt hierbei wohl zu mercken, daß dasjenige, was wir bishero vorgetragen haben, nur auf diejenigen Knechte gehe, welche in unſern Eigenthum ſind. Bisweilen aber hat man einen Knecht nicht in ſeinen Eigenthum, ſondern man hat denſelben nur als ein uſufructuarius, und hat man denſelben nicht iure proprietatis, ſondern uſusfructus. (§. 433.) Bisweilen iſt einer ein Freigeborner und iſt doch in ſervitute, wie wir ein Exempel an Joſeph in Egypten haben. Ein ſolcher iſt in der That kein Knecht, ob er ſich gleich in ſervitute befindet, ſondern er iſt und bleibet ein freigeborner Menſch. (§ 91. IV.) Von dieſen beiden Arten der Knechte wird nun gefraget, ob dieſelben dem uſufructuario oder bonæ fidei poſſeſſori erwerben? In Beantwortung dieſer Frage müſſen wir

wir einen Unterschied machen, α) ob dieselben durch ihre Arbeit etwas erwerben? β) Ob solches mit unsern Gelde geschehe? oder γ) ob sie sonst von anderswo etwas erwerben? Im ersten und andern Falle, wenn sie etwas durch ihre Arbeit, oder durch unser Geld erwerben: so wird dieses dem usufructuario oder bonæ fidei possessori adquiriret. Aber im letzten Falle adquiriret der Knecht dem Eigenthümer, der servus bona fide possessus sich selbst. Die Sache besser zu verstehen, müssen wir einige Exempel zur Erläuterung hier anführen. Wir wollen setzen, mir ist der ususfructus eines Knechts im Testament vermachet worden, mein Bruder aber hat an demselben das Eigenthum. Wenn nun dieser Knecht durch seine Arbeit 200. Thaler erwirbet: so erwirbet er dieselben mir, weil er selbige durch seine Arbeit erworben. Findet er also in meinem fundo einen Schatz, der gehöret mir zu, weil er aus meiner Sache herkömmt. Wenn aber der Knecht zum Erben eingesetzet wird: so gehöret nicht mir die Erbschaft, sondern meinem Bruder, weil dieselbe von dem Knechte aliunde erworben worden. Also was Joseph in Egypten, da er den Potiphar diente, durch seine Arbeit, oder aus den Sachen seines Herrn erwarb, daß adquirirte er nach unsern Rechten alles seinem Herrn. Hingegen, wenn er von iemand anders zum Erben wäre eingesetzet worden: so hatte er nach unsern Rechten die Erbschaft für sich behalten können. §. 4. *Inst. h. t.*

§. 472. 473. Aus unserm oben festgesetzten axiomate (§. 469.) schliessen wir ferner, etiam quod filius familias adquirit, id omne eum iure nostro adquirere debuisse patri suo, in cuius potestate, sive per nuptias, sive per legitimationem, sive per adoptionem sit constitutus. Denn die väterliche Gewalt bestunde bei den Römern in dominio iuris Quiritium (§. 136.), und dahero waren die filifamilias ratione patris keine personæ, sondern res. (§. 135.) Per res autem nostras nobis adquiritur, (§. 469.) ergo per filios familias nostros adquiritur: id quod erat demonstrandum. Dieser Satz hat seine vollkommene gute Richtigkeit, und saget davon DIONYSIVS HALICARNASSEVS *lib. VIII Antiquitat. Rom.* c. 91. *Romanis filiis nihil proprii est vivis patribus, sed & pecunias & corpora liberorum patribus ad eorum arbitrium tradidit lex Romuli* Und SENECA *lib. VII. de Benefic.* c. 4. schreibet auf gleiche Weise: *Omnia patris sunt, quæ in liberorum sunt manu.* Wir finden davon ein Exempel bei SVETONIO *in Tiberio* c. 15. alwo gemeldet wird, daß *Tiberius*, als er von *Augusto* adoptirt worden, vor sich als paterfamilias nichts gethan, und weder etwas geschencket, noch manumittirt habe. Die Ursache aber war diese, weil er per adrogationem ein filius familias geworden war. Weil nun aber dieses alte Recht ziemlich hart schiene, und die folgenden Zeiten die alten Sitten nach und nach ablegeten: so hat man zu dieser

Regel eine Ausnahme gesetzet, nemlich, daß man das peculium eingeführet hat. Und dahero hieß es nach dieser Zeit omnia, quæ filius adquirit, adquirit quidem patri suo, salvo tamen ei peculio. Dahero müssen wir von diesen peculiis ausführlich reden. Peculium hat seinen Namen von pecude bekommen, worin ehemals der Alten ihre grösten Güter und Reichthümer bestunden; denn welcher viel Vieh hatte, wurde für einen reichen Mann gehalten, sed pauperis erat numerare pecus. Nachdem man nach der Zeit zwar das Geld erfunden und eingeführet hatte: so hat man demselben zum Gedächtniß der alten Lebensart den Namen pecuniæ, a pecude beigeleget: und daher kommt es, daß in den ältesten Römischen Müntzen mehrentheils ein Ochse, Schwein, oder das Bild eines andern Thieres vorkömmt. Weil nun auch dasjenige, welches die Eltern in alten Zeiten ihren Kindern überliessen, mehrentheils in Vieh bestunde: so hat man dasselbe hernach peculium genennet. Das Alterthum der peculiorum bei den Griechen hat GROTIVS aus zwo Stellen Homeri erwiesen *lib. III. de iure bell & pac.* c. 14. §. 6. n. 2. *not.* Daß auch die peculia schon zu der Römischen Könige Zeiten bekannt gewesen, erhellet aus LIVIO *lib. II.* c. 41. und PLINIO *lib. XXIV. Hist. Nat. c. 4.* In unsern Rechten wird peculium definirt pusilla pecunia, quam filiusfamilias vel servus a rationibus paternis vel dominicis separatam habet. L. 5. §. 3. D. *de Pecul.* Daher konte ein freier Mensch nichts in peculio haben, sondern was er hatte, das war in dominio. Diejenigen aber, welche alieno iuri subiecti waren, konten ein peculium besitzen, z. E. filii filiæve familias, servi & ancillæ, ja ehemals auch die Weiber, welche in manus mariti gekommen waren, weil dieselben per nuptias in potestatem mariti kamen. (§. 146.) Dieses peculii der Weiber gedencket PLAVTVS *in Casinar. Act. II. Scen. II. v. 26.* Heut zu Tage sind die Weiber nicht mehr in potestate mariti, und dahero haben sie auch keine peculia. Das peculium der Knechte war mere profectitium, wie wir kurtz vorher erinnert haben. Also ist nichts mehr übrig, als daß wir etwas von dem peculio filiorum filiarumve familias umständlich handeln. Es wird dieses peculium in unsern Rechten in militare & paganum eingetheilet. Militare est vel castrense, vel quasi castrense: paganum in profectitium & adventitium dispescitur. Von einem ieden ins besondere.

§. 474. 475. Es heisset aber peculium militare dasjenige, quod occasione militiæ adquiritur. Militia ist in unsern Rechten zweierlei, vel sagata, quando quis militat armis & in castris: vel togata, quando quis militat in palatio vel curia. L. 14 *Cod. de advoc. diverf. iudic.* Und dahero ist ein anders das peculium castrense; ein anders das quasi castrense. Jenes ist, quidquid adquirit filiusfamilias occasione militiæ sagatæ: dieses aber, quod

quod adquirit occaſione militiæ togatæ, ad quam hodie omnes artes liberales, adeoque non modo iurisprudentia, ſed & theologia, medicina, matheſis, philoſophia referuntur. Wir haben aber hierbei wohl auf die Worte der definition zu regardiren. Denn wir ſagen nicht, peculium caſtrenſe vel quaſi caſtrenſe eſt, quod per duplicem illam militiam, aut ſagatam, aut togatam, conſequimur, ſed quod occaſione iſtius militiæ adquirimus. Denn nicht allein dasjenige, welches von den Soldaten in ihrem Soldaten-Stande erworben wird, gehöret zum peculio caſtrenſi, ſondern auch alles dasjenige, quod occaſione iſtius militiæ eis obvenire ſolet. Und auf eben die Art verhält ſich die Sache bei dem peculio quaſi caſtrenſi. Daher gehöret a) zum peculio caſtrenſi nicht allein der monatliche Sold, und die von den Feinden gemachte Beute, ſondern auch dasjenige, was der Vater dem Sohne, wenn er in Krieg gehet, ſchencket, um ſich Bagage anzuſchaffen. Alſo gehöret auch zu dem peculio caſtrenſi, was ein Soldat durch Erbſchaft oder Vermächtniß ſeines Cameraden überkömmt, oder was er ſich durch ſein Geld kaufet: denn alles dieſes wird occaſione militiæ ſagatæ adquiriret. L. 11. D. *de caſtrenſ. pecul.* L. 4. *princ. D.* L. 4. *Cod eod.* Alſo gehöret auch b) zu dem peculio quaſi caſtrenſi nicht allein dasjenige, welches ein filiusfamilias ſich durch freie Künſte erwirbet, z. E. die ſalaria und honoraria, welche einer als Sachwalter, Artzt oder Profeſſor empfänget, ſondern es gehören auch dahin die Koſten, welche ihm der Vater zu ſeinem Studiren gereichet hat, wenn ſolches nur animo donandi geſchehen iſt. Ein gleiches iſt zu ſagen von den Geſchencken, welche einem a principe vel Auguſta gemachet worden, quia & hi ob ingenii præſtantiam & benemerita donaſſe intelliguntur. Alles dieſes gehörete ad peculium quaſi caſtrenſe, weil es occaſione militiæ iſtius togatæ erworben wurde. L. *ult. Cod. de inoffic. teſtam.* L. 7. *Cod. de bon. quæ lib.* Wir müſſen aber den Urſprung der peculiorum betrachten. Der Urſprung des peculii caſtrenſis iſt darin zu ſuchen. Ehemals pflegte man einen Theil von dem Sold der Soldaten, als ein Pfand ihrer Treue, inne zu halten, und nicht eher auszuzahlen, bis ſie abgedancket wurden, welches Geld im Lager bei den Fahnen verwahret ward. VEGETIVS *lib. II. de re militari c. 20.* hat davon folgendes aufgezeichnet: *Illud vero ab antiquis divinitus inſtitutum eſt, ut ex donativo, quod milites conſequuntur, dimidia pars ſequeſtraretur apud ſigna. Miles enim qui ſumtus ſuos ſcit, apud ſigna depoſitos, de deſerendo nihil cogitat: ſed pro illis in acie fortius dimicat.* Beſiehe auch CASAVBONVM ad ÆLII SPARTIANI *Nigrum* c. 10. Die eigentliche Form aber des peculii caſtrenſis ſcheinet *Iulius Cæſar* eingeführet zu haben, nemlich, daß der filius familias in demſelben als ein pater familias angeſehen werden ſolte. Dadurch wurde nun zwar das alte Recht nicht aufgehoben,

aber doch ſuſpendirt, damit die jungen Leute deſto eher möchten angereitzet werden, den Soldaten-Stand zu erwehlen, *arg.* L. 1. *princ.* D. *de teſtam. militar.* und IVVENALIS *Sat. ult. v.* 52. *ſeqq.* ſaget davon:

. . Nam quæ ſunt parta labore
Militiæ, placuit non eſſe in corpore cenſus,
Omne tenet cuius regimen pater.

Nachgehends wurde das peculium quaſi caſtrenſe eingeführet, und denen filiis familias alles dasjenige überlaſſen, welches ſie durch freie Künſte ſich erwarben. L. 14. *Cod. de advocat. diverſ. iudicor.* CICERO *pro Muræna c. 9.* VALERIVS MAXIMVS *lib. VIII. c 5.* FERANDVS ADDVENSIS *lib. II. Explicat. c. 6.* IACOBVS GOTHOFREDVS *ad* L. 3. *Cod. Theodoſ. de poſtulando.*

§. 476. 477. Dieſes war von dem peculio militari. Was extra militiam von dem filio familias erworben wird, das gehöret ad peculium paganum. Und da wird dasjenige, welches der Sohn aus den Sachen des Vaters, oder in Anſehung des Vaters bekömmt, peculium profectitium genennet. Wenn er etwas wo anders her, als von dem Vater, z. E. von der Mutter, oder von einem extraneo erhält: ſo wird ſolches peculium adventitium in unſern Rechten genennet. Wohin auch alles dasjenige gezählet wird, welches der Sohn entweder durch ſeine eigene Arbeit per artes illiberales, z. E. er machet Schuhe, oder iſt ein Schmidt, erwirbet, wie auch, was ihm das Glück zuwirft, z. E. wenn er einen Schatz in eines andern Grund und Boden findet. §. 1. *Inſt. h. t.* In dieſen Sachen iſt nichts dunckeles enthalten, auſſer daß wir dasjenige zu dem peculio profectitio gerechnet haben, welches der Sohn nicht wegen ſeiner gelben Haare, ſondern wegen des Vaters erhält. Es iſt aber dieſes ſo zu verſtehen, daß wenn dem filio familias etwas von einem extraneo geſchencket oder vermachet wird, ſolches aber wegen der Verdienſte ſeines Vaters geſchiehet, zu dem peculio profectitio gerechnet werde, als ob es aus des Vaters Sachen herkomme. Z. E. Wenn ich einem Freunde ſeine Klage vor Gerichte als Sachwalter geführet habe, und derſelbe mir ein honorarium anbietet, ich aber nicht annehmen will, und er es hernach meinem Sohne ſchencket: ſo iſt es eben ſo gut, als ob ich ſolches dem Sohne gegeben hätte, weil es in Anſehung meiner gegeben worden. Und dahero gehöret daſſelbe auch zu dem peculio profectitio.

§. 478. Bisher haben wir die definitiones peculii caſtrenſis, quaſi caſtrenſis, profectitii & adventitii genau erwogen: nunmehro wollen wir ſehen, was ein iedes von dieſen peculiis vor beſondere iura hat, und dabei betrachten, welche Rechte den Söhnen, und welche Rechte den Vätern darin

in zuſtehen. Es kan dieſes nicht beſſer verſtanden werden, als wenn wir einige Regeln hiervon geben: 1) Peculium caſtrenſe & quaſi caſtrenſe pleno iure eſt filii, *princ. Inſt. quibus non eſt permiſſ. fac. teſtam.* Dieſe Regel galt bei den Römern zu den Zeiten des freien Staats nicht, weil damals die Soldaten nicht geworben wurden, und für einen gewiſſen Sold dieneten, ſondern man hatte militiam lectam, und ein ieder Römiſcher Bürger war ſchuldig und gehalten, gewiſſe Jahre Krieges-Dienſte zu leiſten. Da hatte man alſo nicht nöthig, die Leute durch ausnehmende privilegia und Freiheiten anzulocken, den Soldaten-Stand zu erwählen. Allein nachdem der Keiſer *Auguſtus* das Regiment an ſich gebracht hatte: ſo ſahe dieſer kluge Prinz ſehr wohl ein, daß die militia lecta ſich zwar für den freien Staat der Römer geſchickt hätte, aber der Monarchiſchen Herrſchaft gar nicht zuträglich wäre. Und dahero ließ er Soldaten werben, und ihnen einen gewiſſen Sold reichen. Damit nun jedermann möchte zu Krieges Dienſten angelocket werden: ſo wurden den Soldaten beſondere und gar ſchöne privilegia und Freiheiten ertheilet, worunter denn auch dasjenige mit enthalten war, daß ſie das peculium caſtrenſe pleno iure ſich erwerben ſolten, ob ſie gleich noch filii familias wären. Und dahin gehören die Verſe, welche wir oben aus IVVENALIS *Sat XVI v. 51. ſeq.* angezogen haben. Von dem peculio quaſi caſtrenſi iſt ſeit *Hadriani* und *Antonini Pii* Zeiten die Verordnung gemacht worden, daß es mit demſelben eben ſo, wie mit dem peculio caſtrenſi ſolte gehalten werden. Aus unſerer gegebenen Regel erhellet nun deutlich und klar, a) daß der Vater in dieſen peculiis weder die Verwaltung, noch den Nießbrauch, noch das Eigenthum habe, ſondern daß die filii familias alle dieſe Rechte in einer Verbindung haben. So iſt auch zu mercken b), daß ein filiusfamilias in Anſehung dieſer beiden peculiorum pro patre familias zu halten iſt. L. 2. D. *de SCto Macedon.* und daher ſtehet ihm c) frei, von dem peculio ein Teſtament zu machen, unter Lebendigen damit zu ſchalten, ſelbiges verſchencken, verkaufen, oder unter einen andern Titel veräuſſern: da doch ſonſt ein filius familias niemals bei Lebzeiten ſeines Vaters ein Teſtament machen darf, wenn ihm ſolches nicht der Vater ausdrücklich erlaubet. L. 6. *pr.* D. *qui teſtam. fac. poſſ. princ. Inſt quib. non eſt permiſſ. fac teſtam.* Ein ſolcher filius familias, wenn er ein peculium caſtrenſe oder quaſi caſtrenſe hat, und Geld aufgenommen, kan die exceptionem Senatusconſulti Macedoniani nicht opponiren: dagegen aber bei den übrigen peculiis ſich derſelben ſowol der Sohn, als auch der Vater bedienen kan.

§. 479. Von dem peculio profectitio haben wir folgende Regel zu mercken: 2) das peculium profectitium gehöret völlig dem Vater zu, und der Sohn hat darin kein weiteres Recht, als daß er daſſelbe verwaltet und ſeinen

nen Fleiß ausübet. §. 1. *Instit. h. t.* Die Ursache lieget am Tage. Der Sohn ist in Ansehung des Vaters keine Person (§. 135.), und der Vater und Sohn werden für eine Person in negotiis privatis gehalten (§. 139.). Weil nun eine Person mit sich selbst kein pactum eingehen kan: so folget daraus, daß der Vater dem Sohne nichts schencken kan, so kan derselbe auch kein Eigenthum der geschenckten Sache auf ihn transferiren. Wenn der Vater das dominium der geschenckten Sache auf den Sohn nicht bringen kan, so bleibet er davon Eigenthümer: dahero was der Sohn aus seines Vaters Sachen erhält, das gehöret ihm nicht zu, sondern der Vater bleibet davon Herr. Weil nun also in diesem peculio profectitio der usus fructus und das dominium bei dem Vater war: so möchte iemand auf die Gedancken gerathen, als ob dasselbe auf solche Art dem Sohne nicht nützlich wäre. Allein wir antworten darauf, daß dem Sohne noch ein Nutzen übrig bleibe, welcher zwiefach ist. Denn erstlich, wenn der Vater ein solches grosses Verbrechen solte begangen haben, daß alle dessen Güter confiscirt würden, welches heut zu Tage zu geschehen pflegte, wenn einer wegen des criminis perduellionis oder læsæ maiestatis verurtheilet worden ist: L. 5 *Cod. ad L. Iul. Maiestat.* so wird alsdenn dem Sohne dieses peculium profectitium nicht genommen, ob es gleich zu den Gütern des Vaters gehöret. L. 3. §. 4. D. *de Minor.* Zweitens, wenn der Vater den Sohn emancipirt und aus seiner Gewalt lässet, und demselben das peculium profectitium nicht ausdrücklich nimmt: (welches er sonst thun kan, wenn er will, dafern solches nur nicht in fraudem creditorum geschiehet,) so wird dasselbe von dem Sohne pleno iure adquiriret. L. 31. §. 2. D. *de donat.*

§. 480. 481. Viel nützlicher ist einem filio familias das peculium adventitium, von welchen wir folgende Regel zu mercken haben: das Eigenthum des peculii adventitii gehöret ordentlicher Weise dem Sohne, der Nießbrauch und die Verwaltung aber stehet dem Vater zu, §. 1. *Inst. h. t.* Daraus siehet man, daß hierin der Vater ordentlicher Weise etwas habe, nemlich den Nießbrauch und die Verwaltung dieses peculii: wie denn der Sohn auch etwas hat, nemlich das Eigenthum. Wir wollen die Sache durch ein Exempel zu erläutern suchen. Wenn der Sohn vor 20000. Thaler Mütterliche Güter besitzet: so ist dieses ein peculium adventitium. Wir wollen setzen, daß davon jährlich 1000 Thaler Revenuen einkommen: so gehören dieselben dem Vater zu, die Güter aber bleiben dem Sohne. Wir haben aber gesaget, daß dieses sich ordentlicher Weise also verhalte: denn bisweilen befindet es sich auch anders, und dahero wird dieses peculium adventitium in ordinarium und extraordinarium eingetheilet. Ordinarium, welches auch regulare pfleget genennet zu werden, ist, wenn der Sohn das

Ei-

Eigenthum, der Vater aber den Nießbrauch hat. Extraordinarium oder irregulare wird genennet, wenn der Sohn alles, der Vater aber nichts hat, und dieses ereignet sich in vier Fällen. *α*) Wenn der Sohn wider den Willen seines Vaters eine Erbschaft antritt; *β*) Wenn dem Sohne etwas unter der Bedingung geschencket oder vermacht worden ist, daß der Vater davon nichts haben soll. *γ*) Wenn der Vater und Sohn coheredes sind, welches geschichet, wenn einer, der keine Kinder hat, einen leiblichen Vater und Bruder hinterläßet, e g. moriente secundo, eius heredes sunt pater primus, & frater germanus tertius. Wenn derselbe nun 20000. Thaler verläßt: so bekömmt der Vater 10000 Thaler, und der leibliche Bruder ebenfals diese Summe, aber alsdenn hat der Vater nicht derselben Nießbrauch. *δ*) Wenn der Vater mit den Gütern des Sohnes nicht zum Besten umgehet, so verlieret er den Nießbrauch derselben. Im übrigen möchte iemand auf die Gedancken gerathen, daß unter dem peculio castrensi oder quasi castrensi, und dem adventitio irregulari kein Unterschied sey, weil in beiden Fällen der Sohn das volle Eigenthum überkömmt, allein sie sind doch von einander gar schön unterschieden. Denn bei dem peculio castrensi & quasi castrensi haben wir gesaget, daß der Sohn als ein paterfamilias consideriret werde, und dahero von demselben ein Testament machen könne: allein solches gehet nicht bei dem peculio adventitio extraordinario an, obgleich der Sohn das volle Eigenthum hat.

§. 482. Hier ist noch die Frage zu erörtern übrig: an & per alium quam servum filiumve nostrum possimus adquirere? Wir läugnen dieses wegen der oben (§. 469.) gesetzten Regel, und noch hat man hierbei diese Regel anzumercken: alii per alium adquiri nequit. Wenn ich z. E. mir also stipuliren wolte: tu ne fratri meo dabis centum? und der andere antwortete, daß er solches geben wolte: so würde weder ich noch mein Bruder eine Klage daraus anstellen können. Ich würde keine Klage haben, weil mir nichts versprochen worden: nicht mein Bruder, weil mit denselben nichts contrahiret worden. §. 4. *Inst. de inutil. stipul.* Jedoch weil einer dem andern ein mandatum auftragen kan, daß er dieses oder jenes thun soll: so ist die Regel angenommen worden, per procuratorem nostrum & mandato nostro, & dominium & possessio nobis adquiritur. §. 5. *Inst. h. t.* Denn das mandatum bringet zu Wege, daß dasjenige, welches wir durch einen andern zu thun befohlen haben, dafür gehalten wird, als ob wir solches selbst gethan hätten. Wenn ich also meinem Bruder befohlen habe, daß er mir ein Haus kaufen soll, so wird das dominium und possessio desselben mir erworben, eben so, als ob ich es gethan hätte, wenn nur auch der Bruder den Besitz ergriffen hat. Es ist aber auch noch ein Fall vorhanden, da

durch einen dritten Mann, ob wir ihn gleich darzu keinen Befehl gegeben haben, uns etwas kan erworben werden, wenn wir hernach das negotium ratificiren und gut heiſſen. Denn da findet alsdenn die Regel ſtatt: ratihabitio retrotrahitur ad initium negotii.

Tit. X.

De Teſtamentis Ordinandis.

§. 483 • 485.

Wir bekommen hier ein ſchönes Stück der Rechtsgelahrtheit abzuhandeln, nemlich de teſtamentis, deſſen Verbindung mit den vorhergehenden Stücken ein wenig ordentlich muß erwogen werden. Wir redeten oben von den modis adquirendi dominium, und theileten dieſelben in naturales und civiles (§. 340.). Wir ſagten, daß drei modi adquirendi dominium naturales wären, nemlich occupatio, acceſſio, traditio, von welchen oben (*Tit. I.*) umſtändlich gehandelt worden, die modos adquirendi civiles theilten wir ein in ſingulares, quando tantum rem ſingularem adquirimus, non autem in omne ius anteceſſoris noſtri tranſimus, & univerſales, quibus ita adquirimus, ut in omne ius alterius tranſeamus. Z. E. Der Käufer, welcher nicht in alle Verbindungen und Rechte des Verkäufers tritt, wird ſucceſſor ſingularis genennet: hingegen der Erbe iſt ein ſucceſſor univerſalis, weil alle Rechte und Verbindungen des Verſtorbenen auf ihn gebracht werden. Es waren aber vier modi adquirendi ſingulares (§. 473.). α) Uſucapio (*Tit. VI.*). β) Donatio (*Tit. VII.*). γ) Legatum & fideicommiſſum ſingulare, von welchen nunmehro ſoll geredet werden: allein es hat dem Keiſer *Juſtiniano* gefallen, von den legatis und fideicommiſſis erſt nach der Materie de teſtamentis zu handeln. Dahero gehet derſelbe ſogleich zu den modis adquirendi univerſalibus über, deren der vornehmſte hereditas iſt (§. 436.), welche durchs Teſtament auf einen gebracht wird. Durch das Wort hereditas wird hier verſtanden ſucceſſio in omne ius, quod defunctus habuit. L. 24. D. *de Verbor. ſignif.* L. 62. D. *de Regul. iur.* Es iſt aber dieſe hereditas zweierlei, vel ex teſtamento, wenn einer ſelbſt von dem teſtatore dazu berufen wird, oder ab inteſtato, wenn einem die Geſätze die Erbfolge übertragen. Nach den Römiſchen Rechten wiſſen wir nur von dieſen zwo Arten, tertia ſpecies non datur. §. 6. *Inſt. per quas perſon. cuique adquir.* Der Spaniſche Erbfolgs-Streit kan uns hier zur Erläuterung dienen. Nach

Ab-

Abſterben des Königes Carls *II.* von Spanien meldeten ſich zween Erben. Der Hertzog von *Anjou*, *Philippus*, welchen der König Carl *II.* im Teſtament zum Erben eingeſetzet hatte, und der Ertzhertzog von Oeſterreich Carl, welcher als der nächſte Anverwandte in der Spaniſchen Monarchie folgen wolte. Alſo wolte *Philippus* Erbe ſeyn ex teſtamento, *Carolus* aber ab inteſtato. Es wird aber hier gefraget, ob es nicht auch die dritte ſpeciem gebe, oder vielmehr der dritte modus adquirendi, ſcil. per pactum? Wir wiſſen ja, daß die mächtigen Häuſer, Brandenburg, Sachſen und Heſſen unter ſich eine Erb-Verbrüderung (pactum confraternitatis) errichtet haben, worin man überein gekommen, daß wenn das Haus Sachſen zuerſt ausſterben wird, Brandenburg und Heſſen ſuccediren ſollen, u. ſ. w. Wovon CARPZOV *de pacto confraternitatis Saxonico-Brandeburgio-Haſſiaco*, und BODINVS in einer beſondern diſſertation gehandelt haben. Hier haben wir ja ein Exempel, da die ſucceſſion per pactum auf einem andern kömmt? Ehemals fand ſich auch ein ſolches pactum zwiſchen den Churfürſten von Brandenburg und den Hertzogen in Pommern, welches den Brandenburgiſchen Hauſe vielen Vortheil gebracht hat. Ein gleiches pactum confraternitatis oder Erbverbrüderung findet ſich zwiſchen den Häuſern Brandenburg und Mecklenburg, obgleich ſolches nicht reciprocum iſt. Denn wenn die Hertzogliche Mecklenburgiſche Linie abgehet: ſo ſuccediret Brandenburg in deren hinterlaſſenen Ländern, ſed non vice verſa. Weil nun alſo ſo viele pacta confraternitatis oder Erbverbrüderungen in den Geſchichten vorkommen: ſo möchten wir dahero den Schluß machen, daß dieſelben erlaubet wären. Allein wir antworten darauf, daß obgleich dieſe pacta ſucceſſoria nach den alten Teutſchen Rechten zu allen Zeiten erlaubet geweſen ſind, und dergleichen noch heut zu Tage unter Fürſten und Herren eingegangen werden: ſo ſind dieſelben doch nach den Römiſchen Rechten gantz und gar ungültig, als welches dieſelben mißbilliget und verwirft. Daher nennet der Keiſer *Juſtinianus* dieſe pacta ſucceſſoria odioſa & plena triſtiſſimi eventus. L. 30. *Cod. de pact.* *Julianus* in L. 61. D. *de verb. oblig.* ſaget, daß dergleichen pacta contra bonos mores wären, worin ihm auch *Diocletianus* und *Maximianus* in L. 4. *Cod. de inutil. ſtipul.* beiſtimmen. Und PAPINIANVS ſchreibet in L. 29. §. 2. D. *de donat.* gar ſchön: *Eiusmodi paſciſcentes contra bonos mores & ius gentium feſtinare:* wie denn auch endlich VLPIANVS in L. 2. § 2. D. *de vulg. & pupill ſubſtit.* denenigen einer Boßheit bezüchtiget, welcher nach einer Erbſchaft eines Lebendigen trachtet. Alſo geben alle dieſe Zeugniſſe ſattſam zu erkennen, daß nach unſern Rechten die pacta ſucceſſoria nicht gültig ſeyn, wovon folgende zwo Urſachen angeführet werden. *a*) Weil den paciſcentibus aus ſolchen pactis ſucceſſoriis eine groſſe Gefahr zuwachſen kan: nam

is, qui se scit heredem fore, modo alter prior obierit, habere vult hereditatem, quam exspectare. Und daher kan es leichte geschehen, daß ein solcher demjenigen, welchen er erben soll, nach den Leben trachtet: und daher kommt es, daß der Keiser *Iustinianus* diese pacta successoria odiosa, & plena tristissimi eventus nennet. β) Weil es dadurch geschehen würde, daß der Wille eines ieden die Gesätze von der Erbfolge aufheben könte, welches doch aber nicht angehet, wie wir aus dem L. 38. D. *de pactis* wissen. Dahero verwerfen die Römischen Gesätze überhaupt alle pacta successoria, und wollen, daß einer Erbe entweder ex testamento oder ab intestato seyn soll, und zwar dergestalt, daß die successio testamentaria der successioni ab intestato vorgezogen werde, und daß so lange, als ein Testaments-Erbe kan gehoffet werden, die Erben ab intestato nichts bekommen können. L. 39. D *de adquir. vel amitt. hered.*

§. 486. Allein hierbei entstehet ein neuer Zweifel. Denn wenn es eine unstreitige Richtigkeit haben soll, daß das ius publicum durch die pacta der privatorum nicht kan geändert werden, L. 39. D. *de pactis*, wie hat den privatis können erlaubet werden, Testamente zu machen, und gegen die Gesätze, die successionem ab intestato betresend, durch ihren Willen sich einen Erben zu setzen, welchen sie gewollt? Dieser Zweifel ist eben nicht allzu geringe, gleichwol hat uns denselben doch der Herr BYNKERSHOEK *lib. II. Observ.* c. 2. benommen. Wir läugnen also, daß die ratio testandi antiquissima in privatorum voluntate bestanden, denn aus dem §. 1. *Inst h t.* erlernen wir, daß ehemals die Testamente in calatis Comitiis gemachet worden. Calare hieß bei den Alten so viel. als convocare, und kommt aus dem Griechischen her, wenn die convocatio geschehen war, so fragte ein magistratus das Volck, wie bei GELLIO *lib. V. Noct. Attic.* c. 14. stehet, *Velitis iubeatis, Quirites, uti L. Titius. L. Valerio tam iure legeque heres sibi siet, quam si eius filiusfamilias proximusve agnatus esset. Hac ita ut dixi, ita vos, Quirites, rogo.* THOMASIVS *in diss. de primis initiis successionis testamentariæ* §. 12. Da erzehlet uns nun THEOPHILVS *in Paraphras Institutionum* §. 1. *h. t.* daß das Volck jährlich zweimal wegen Verfertigung der Testamente zusammen berufen worden: allein es scheinet dieses vielen Gelehrten unglaublich, und ist dahero von dem Herrn THOMASIO *in cit. diss* §. 16. in Zweifel gezogen worden, und zwar vornemlich aus der Ursache, welche GELLIVS *lib. XV. Noct. Attic.* c. 27. anführet, dessen Worte also lauten: *In libro Lælii Felicis ad Q. Mucium primo scriptum est, Labeonem scribere, calata comitia esse, quæ pro collegio pontificum habentur, aut regis aut flaminum inaugurandorum caussa, eorum autem alia esse curiata, alia centuriata: curiata per licktorem curiatim calari, id est, convocari, centuriata per conicinem. Iisdem comitiis, quæ calata adpellari diximus, & testamenta fieri solebant.* Wenn nun ein Testament auf diese Art in calatis comitiis gemachet

chet wurde: ſo war es ein wahrer lex. Denn bei den Römern hieß lex, quam populus Romanus ſenatorio magiſtratu interrogante in comitiis calatis conſtituit, wie wir dieſes oben (§. 46.) ausgeführet haben. Wenn alſo die Römiſchen Bürger in comitiis calatis ein Teſtament machten: ſo änderten ſie dadurch nicht das ius publicum de ſucceſſione agnatorum ab inteſtato per voluntatem privatam, ſondern der lex wurde per novam legem aufgehoben: woran hoffentlich niemand zweifeln wird. Der Herr Præſident CORNELIVS VAN BYNKERSHOEK hat dieſes *in Obſervat Iur. Rom. lib. II.* c. 2. p. 113. ſehr ſchön erkläret, da er folgendermaſſen ſchreibet: *Lex igitur præſcripſit ſuccedendi formam, &, quæ eius poteſtas eſt, etiam teſtamentifactionem permiſit, ſed haut aliter quam lege quoque, ut ſic lex* in cauſſa inteſtati abrogaretur *alia lege in cauſſa teſtati. Quare ad excludendos proximos, qui lege vocabantur, Romæ teſtamenta, ut leges quælibet, apud populum Romanum, calatis comitiis condebantur.* In übrigen erſehen wir daraus gar leichte, warum man bei den Teſtamenten der Römer ſo viele Weitläuftigkeiten gebrauchet hat. Denn es hatten dieſelben die Regel angenommen, nihil tam naturale eſt, quam eodem genere quidque diſſolvere, quo colligatum eſt. L. 35. D. *de regul. iur.* Da nun aber die ſucceſſio proximorum agnatorum durch die Geſätze war eingeführet und feſte geſtellet worden: ſo konte dieſelbe nicht anders als durch ein neues Geſätz wieder aufgehoben werden. Nun waren die teſtamenta novæ leges, welche nach der Römiſchen Gewohnheit nur in calatis comitiis konten gegeben werden: alſo muſte es auch mit den Teſtamenten alſo gehalten werden. Letzlich iſt noch zu mercken, daß die Römer die teſtamentifactionem wie andere Völcker iedermann frei gelaſſen haben, weil zu der Zeit da einer ſterben will, ſeine Freigebigkeit ſonderlich bezeiget, und ſelbige ſonderlich ſeinen Kindern, Anverwandten und Freunden zu erkennen giebet. Der kluge SENECA *lib. IV. de Vita beata* c. 11 ſaget davon: *Quid? cum ipſo vitæ in fine conſtitimus, cum teſtamentum ordinamus, non beneficia nobis nihil profuturæ dividimus? Quantum temporis conſumitur, quamdiu ſecreto agitur, quantum & quibus demus?* Und bald hernach: *nec quidquam curæ ſanctiore componimus, quam quod ad nos non pertinet.*

§. 487 488. Wenn auf oben erzehlte Art bei den Römern die teſtamenta gemachet worden: ſo kan ein ieder gar leicht ermeſſen, daß es eine ſehr beſchwerliche Sache geweſen, das gantze Römiſche Volck wegen eines einzigen Teſtaments zu den comitiis zuſammen zu rufen, und dieſe Sache deſſen Willen und Gutachten zu unterwerffen. Dazu kommt noch dieſes, daß der Erbe auf ſolche Art iedermann bekannt werden müſſen, da es denn gar leichte geſchehen konte, daß es eben ſo erging, als wie wir oben bei den pactis ſucceſſorüs erinnert haben, nemlich daß der Erbe die Erbſchaft lieber haben, als

erwarten wollen, und darüber der teſtator öfters in Lebens-Gefahr kommen konte. Weil es nun aus dieſen angeführten Urſachen eine ſehr mühſame und beſchwerliche Sache war, die teſtamenta in calatis comitiis zu machen: ſo führete man nachgehends eine andere Weiſe bei den teſtamentis ein, nemlich per æs & libram. Es gedencket derſelben der Keiſer *Iuſtinianus* in §. 1. *Inſtit. h. t.* es gedencket auch derſelben AVLVS GELLIVS *lib. XV. Noct Atticar.* c. 26. Niemand aber hat es uns beſſer beſchrieben als VLPIANVS *in Fragment. Tit. XX.* §. 9. dieſer mercket wohl an, daß bei Verfertigung eines Teſtaments, zwo Sachen vorgenommen worden, nemlich familiæ mancipatio & heredis nuncupatio. Jene geſchahe α) convocatis quinque teſtibus civibus Romanis; β) Libripende, qui libram æneam tenebat; γ) Anteſtato, qui præſentium teſtium tangeret auriculos, eosque moneret, ut memores eſſent, ac denique δ) familiæ emtore, qui heredem repræſentaret, & familiam, i. e. hereditatem emeret in ſpecien. Daher legte der familiæ emtor ein Stücke Geld in die Waageſchale und ſagte, hanc familiam hereditatemve ſuam eſſe, quia illa emta ſit hoc ære hacque æneaque libra. Hernach cedirte der teſtator die hereditatem in iure, und ſodann erfolgete die heredis nuncupatio. Denn der teſtator ſetzte darauf auf die Tafeln, wo ſein letzter Wille aufgeſchrieben war, folgende Worte: *Hæc uti in his tabulis cerisve ſcripta ſunt, ita do, ita lego, ita teſtor, itaque vos, Quirites, teſtimonium præbitote.* Letzlich berührte der anteſtatus die Ohren der Zeugen, und erinnerte ſie, der Sache Eingedenck zu ſeyn. Aber warum hat man dieſe Ceremonien bei den Teſtamenten erfordert? Die Urſache iſt dieſe: Wir haben nicht lange vorher gemeldet, daß keine Erbſchaft per pactum ſucceſſorium auf iemand kan transferirt werden. Weil nun in den LL. XII. *Tabb.* verſehen war: *Paterfamilias uti legaſſit de pecunia tutelave ſuæ rei, ita ius eſto:* ſo ſind die Rechtsgelehrten, welche die legis actiones ausgeklügelt haben, beſorget geweſen, wegen gewiſſer Gebräuche, wodurch die hereditas oder familia leichte auf einem andern möchte gebracht werden. Weil ſie nun ſahen, daß eine hereditas als eine res pretioſiſſima unter die res mancipi gerechnet wurde (§. 330.); die res mancipi aber pflegten per ritum mancipationis verkaufet und übergeben zu werden: ſo haben ſie daraus geſchloſſen, daß die hereditas gleichfalls per hunc ritum mancipationis könne transferiret werden. Alſo war ein ſolches Teſtament nichts anders als eine venditio ſolemnis imaginaria: wir nennen ſie eine imaginariam venditionem, weil weder iuſtum pretium da war, noch der Käufer die Erbſchaft adquirirte, ſondern der Erbe, welcher eingeſetzet worden. Alſo war nun nicht mehr nöthig, daß man Teſtamenta in calatis comitiis machte: daher auch ſeit dieſer Zeit die Teſtamenta per æs & libram ſehr gäng und gäbe geworden ſind. Hierin haben ſich die Römer nach den Griechen

ge-

gerichtet, welche ebenfalls dieſer Freiheiten ſich bedienet haben, wie zu erſehen aus PLATONE *de Legibus* p. 679. PLVTARCHO *in Solone* p. 90. DEMOSTHENE *in Orat. in Stephan.* p. 983. Beſiehe davon PFEIFFERI *Antiquit. Græc. lib. IV.* c. 63. p. 770. ſeqq. Daher hat FRANCISCVS BALDVINVS *ad* XII. *Tabb.* p. 119. geirret, da er geglaubet, daß der ritus mancipationis bei den teſtamentis in den Geſätzen der XII. Tafeln vorgeſchrieben worden. Es ſtunde zwar in LL. XII. *Tabb.* folgendes Geſätz: *Qui ſe ſinit teſtarier libripensve fuerit, ni teſtimonium variatur improbus inteſtabilisque eſto.* GELLIVS *lib. XV. Noct. Attic.* c. 13. *lib. VI.* c. 7. Allein dieſes gehet nicht auf die Teſtamente, ſondern auf diejenigen, welche entweder als Zeugen, oder libripendes gebraucht worden, und hernach kein Zeugniß ablegen wollen, wie IACOBVS GOTHOFREDVS *ad* XII. *Tabb Tab* VII. p. 221. wohl anmercket. Das andere Stück: *qui nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupaſſit, ita ius eſto*, gehöret ebenfalls nicht zu den teſtamentis, ſondern zu der mancipation, wie IACOBVS GOTHOFREDVS *c. l. tab.* VI. p. 210. gegen HOTOMANNVM erwieſen hat. Beſiehe THOMASII *diſſ. de primis initiis ſucceſſionis teſtamentariæ*, §. 33. ſeqq. Wenn die teſtamenta gemachet wurden, ſo pflegte man gemeiniglich die Rechtsgelehrten dabei zu Rathe zu ziehen, damit nicht das geringſte, welches zu ihrer Gültigkeit gehörete, möchte vorher gelaſſen werden. ARRIANVS *in diſſertat. Epictet. lib. II.* c. 13. kan uns davon belehren, als welcher ſchreibet: *Iureconſultus ei leges enarrat. Atqui teſtamentum nemo ſcribit, niſi aut ipſe ſciat, quomodo ſcribendum ſit, aut eius rei peritum adhibeat.* Und CICERO *de Oratore lib. II.* c. 6. ſaget von *Scævola: Nam ſi nullum erit teſtamentum recte factum, niſi quod tu ſcripſeris. omnes ad te cives cum tabulis venitemus, omnium teſtamenta tu ſcribes unus.* Bisweilen aber pflegeten die teſtatores auch keine Rechtsgelehrte dazu zu ziehen, ſondern erklärten nur ihren Willen deutlich, wovon wir ein ſchön Exempel in L. *Lucius Titius* §. *ult.* D. *de Legatis* II. haben, alwo der teſtator ſaget: *Lucius Titius hoc meum teſtamentum ſcripſi ſine ullo iuris perito, rationem animi mei potius ſequutus, quam nimiam & miſeram diligentiam: & ſi minus aliquid legitime minusve perito fecero, pro iure legitimo haberi debet hominis ſani voluntas.* Beſiehe unſere diſſertation *de origine teſtamenti factionis & ritu teſtandi antiquo.*

§. 489. Dieſe teſtamenta, von welchen wir bisher gehandelt haben, ſind lange Zeit im Gebrauch geweſen, wie dieſes nicht allein aus unterſchiedenen Stellen bei SVETONIO erhellet, ſondern auch vornemlich aus VLPIANI *Fragmentis Tit. XX* §. 2. zu erſehen iſt. Denn dieſer bezeuget von den Zeiten *Severi: Illis duobus teſtamentis* (in comitiis calatis & in procinctu) *abolitis, hodie ſolum in uſu eſt, quod per æs & libram fit, id eſt, per mancipationem imaginariam.* Er ſaget, daß dieſe Art von Teſtamenten zu ſeiner Zeit allein

im

im Gebrauch geweſen, da doch viele hundert Jahre vorher die teſtamenta prætoria im Gang waren, in welchen nach dem Edicto prætorio auſſer den Siegeln der ſieben Zeugen nichts weiter erfordert wurde. Daß dieſes kein neues Edictum prætorium, ſondern ziemlich alt geweſen, und zu Zeiten der freien Republik den Römern mehr als zu bekannt geweſen, erhellet aus CICERONE *lib. I. in Verr.* c. 45. Denn dieſer erzehlet, daß ſchon *Verres*, da er Prætor urbanus geweſen, dergleichen Edict gegeben: *ſi de hereditate ambiatur, & tabulæ teſtamenti non multis ſignis, quam a lege oporteat, ad me proferentur, ſecundum tabulas teſtamenti poſſeſſionem hereditatis dabo*, und damit niemand meinen mag, als ob *Verres* von dieſem Edicto Urheber geweſen: ſo ſetzet CICERO gleich hinzu: *hoc translatitium eſt*, d. i. es iſt dieſes kein neues edictum, ſondern aus den edictis der vorigen Prætorum genommen. Daß man dergleichen edictum translatitium genennet habe, beſtärcket CICERO *lib. III. ad Famil ep.* 8. *lib. VI. ad Attic. ep.* 21. Weil nun dieſes teſtamentum præ◆ium, ad quod nulla emancipatio deſiderabatur, ſed ſeptem teſtium ſigna ſufficiebant, §. 2. *Inſt. h. t.* ziemlich alt geweſen iſt: ſo möchte man wohl fragen, warum VLPIANVS geſaget, daß zu ſeiner Zeit nur die teſtamenta per æs & libram im Gebrauch geweſen? Allein die Sache hat ihre gute Richtigkeit. Das Wort Teſtamentum iſt ein vocabulum iuris civilis, nun wurde das teſtamentum per æs & libram nach Abſchaffung der andern einzig und allein ad ius civile referirt §. 2. *Inſt. h. t.* nicht aber das teſtamentum prætorium, woraus man keine Erbſchaft, ſondern nur die bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas erhielte. L. 7. L. 9. D. *de bonor. poſſeſſ. ſecund. tab.* Alſo iſt zu den Zeiten *Vlpiani* das teſtamentum per æs & libram allein im Gebrauch geweſen, ja auch lange nach deſſelben Zeiten iſt der Unterſchied des teſtamenti civilis und prætorii geblieben, bis endlich der Keiſer *Theodoſius* iunior hierin das ius civile und prætorium in eine Uebereinſtimmung gebracht hat, wie dieſes IACOBVS GOTHOFREDVS *ad* L. 1. *Cod. Theodoſ. de teſtament. & codicill.* T. I. *Comment. ad Cod. Theodoſ.* p. 434. ſeqq. mit vieler Gelehrſamkeit gezeiget hat. Ob nun gleich ſeit dieſer Zeit eine neue Art, teſtamenta zu machen, eingeführet worden, welche uns in den Rechts-Büchern des Keiſers *Juſtiniani* beſchrieben wird: ſo iſt doch heut zu Tage in ratione teſtandi hodierna vieles anzutreffen, deſſen Urſprung aus den alten Zeiten muß erkläret werden. Wir wollen dieſes unten bei Gelegenheit mit anmercken.

§. 490 Du möchteſt aber fragen, warum wir hier ſo weitläuftig geweſen? warum wir alles aus den Römiſchen Geſchichten und Alterthümern ſo umſtändlich erzählet hätten, da doch heut zu Tage die Teſtamente weder in calatis comitiis, noch per æs & libram gemachet werden? Heißt dieſes nicht in antiquis fabulis ſich aufhalten? Allein halt ein mit deinem Urtheile.

Denn

Denn der Keiſer *Iuſtinianus* führet ſelbſten dieſe Arten von teſtamentis an, und damit niemand meinen möge, als ob dergleichen Erzehlung gantz vergeblich und unnützlich wäre: ſo erinnert er gar wohl, nihil antiquitatis hic penitus nos ignorare debere. Die Urſache lieget darin, weil aus dieſen unterſchiedenen teſtamentis eine eintzige und gantz neue Art aufgebracht worden, welche wir bald hernach umſtändlich beſchreiben wollen. Denn da finden ſich einige Sachen, welche nicht wohl können verſtanden werden, wenn man nicht weiß, wie die alte Weiſe bei Verfertigung der Teſtamente in calatis comitiis und per æs & libram beſchaffen geweſen. Nachdem wir alſo dieſes zum voraus geſetzet haben: ſo wollen wir uns zu der Sache ſelbſt wenden, und die Beſchreibung, Eintheilung und Solennitäten der Teſtamente genau erwegen. Die Beſchreibung, welche wir in dieſem §pho gegeben haben, iſt folgende: Teſtamentum eſt voluntatis noſtræ iuſta ſententia, de eo, quod quis poſt mortem ſuam fieri velit. L. 1. D. *qui teſtam. fac. poſſ.* Wir ſagen, a) teſtamentum ſey ſententia voluntatis noſtræ. Denn diejenigen, welche ihren Willen von ihren Sachen zu ſchalten nicht haben können, z. E. die Unmündigen, können ſo wenig ein Teſtament machen, als diejenigen, welche ihre Willens-Meinung nicht an Tag legen können, z. E. Taube und Stumme, Kinder u. d. m. Ferner ſagen wir b) eſt iuſta ſententia voluntatis noſtræ, wodurch das Teſtament von den Codicillis unterſchieden wird. Denn die Codicilli ſind ebenfalls voluntatis noſtræ ſententia, ſed non iuſta, weil gar keine Solennitäten dabei gebrauchet werden. Iuſta heiſſet alſo hier ſo viel als ſolemnis, wobei alle requiſita, welche das Geſätz erfordert, beobachtet worden ſind. So wird auch hinzugethan c) de eo, quod quis poſt mortem ſuam fieri velit, i. e. de univerſis bonis, denn ſo bald als einer von einigen rebus ſingularibus diſponirt, und keinen Erben einſetzet: ſo wird dafür gehalten, daß er kein Teſtament, ſondern nur codicillos gemachet habe. Es muß alſo ein Teſtament die diſpoſitionem de univerſis bonis in ſich enthalten, damit wir im Stande ſind zu wiſſen, wer Erbe ſeyn, und in alle Rechte und Verbindungen des Verſtorbenen treten ſoll.

§. 491. Nunmehro können wir auch gar leicht die Frage beantworten, quotuplex ſit teſtamentum? Wir haben geſaget, teſtamentum eſt iuſta voluntatis noſtræ ſententia: nun aber legen wir dieſen unſern Willen an Tag entweder ſchriftlich oder mündlich. Geſchiehet es ſchriftlich ſo hat man ein teſtamentum ſcriptum; geſchiehet es aber mündlich, ſo hat man ein teſtamentum nuncupativum. In dieſen wird nicht geſehen, was der Notarius thut, ſondern wohin der Wille des teſtatoris eigentlich abzwecket. Wenn derſelbe hat in Schriften teſtiren wollen: ſo iſt es ein teſtamentum ſcriptum, ob er gleich den Zeugen nur ſo obenhin erzehlet hat, was er etwa in dieſem

Teſtament verordnet. Hingegen wenn ſeine Abſicht dahin gegangen, mündlich einen Erben zu benennen: ſo bleibet es ein teſtamentum nuncupativum, obgleich der Notarius die diſpoſition memoriæ cauſſa aufgeſetzet hat. L. *ult. Cod. de teſtam.* Nunmehro folgen einige axiomata, welche gar leichte zuverſtehen ſeyn. 1) Poteſt unusquisque vel ſcripto teſtari, vel per nuncupationem. Der fürtreffliche Frantzöſiſche Rechtsgelehrte EMVNDVS MERILLIVS *lib. II. Obſerv.* c. 1. und *lib. IV.* c. 39. nimmt davon die Frauens-Perſonen aus, von welchen er ſaget, daß dieſelben nur per nuncupationem, nicht aber per ſcripturam hätten teſtiren können. Allein wir finden in unſern Rechten in L. 19. D. *de inoffic. teſtam.* L. 37. §. 6. D. *de Legatis I.* L. 33. D. *de Vulgar. & pupillar ſubſtit.* L. 3. *Cod. de inoffic. teſtam.* ja auch bei SVETONIO *in Galba* c. 5. und PLINIO *lib. II. ep.* 20. daß die Frauens-Perſonen in ſchriftlichen Teſtamenten Erben eingeſetzet haben. Daß dieſer unvergleichliche Rechtsgelehrte in dieſen Irrthum verfallen iſt, dazu hat ihm L. 27 §. 4. D. *de Legat. II.* Gelegenheit gegeben, welchen Text aber wir in *Comment. ad Leg. Iul. & Pap. Popp. lib. II.* c. XI p. 240. dergeſtalt erkläret haben, daß es nicht nöthig ſeyn wird, weiter etwas hinzu zuſetzen. 2) Das zweite axioma iſt, teſtamentum eſt de univerſitate omnium bonorum, und 3) nemo poteſt pro parte teſtatus & pro parte inteſtatus decedere: welches ſo wahr iſt, daß in L. 7. D. *de Reg. Iur.* ausdrücklich geſaget wird, naturalem harum rerum inter ſe pugnam eſſe teſtati & inteſtati. Daher, wenn z. E. einer einen Erben in zehen Thalern wolte einſetzen, nicht aber hinzufügete, wer die übrigen Güter bekommen ſolte, da würde der in zehen Thalern eingeſetzte Erbe alle Güter überkommen, quia nemo pro parte teſtatus & pro parte inteſtatus poteſt decedere. 4) Cum duobus pluribusve teſtamentis nemo decedere poteſt L. 19. *Cod. de teſtam. militar.* wovon die Urſache am Tage lieget. Denn ein Teſtament iſt ein letzter Wille, nun aber heiſſet es, voluntas hominis eſt ambulatoria usque ad mortem. Wenn alſo ein neues Teſtament vorhanden iſt, ſo enthält das erſtere keinen letzten Willen, und wird alſo durch das letztere aufgehoben, quemadmodum prior lex per poſteriorem tollitur. En paſſant wird hier gefraget, warum bei den letzten Willen die Regel gelte, voluntas hominis eſt ambulatoria usque ad mortem, da doch dieſelbe bei den contracten nicht ergreifen kan. Denn wenn ich z. E. von einem geſchloſſenen Kauf wieder abgehen wolte, aus der Urſache, weil ich meinen Willen geändert hätte; ſo würde ich von iederman ausgelachet werden. Allein die Urſache des Unterſchieds lieget darin, welches man wohl zu mercken hat. Vltimæ voluntates ſunt unilaterales, ſolitariæ, ex quibus nemini ius, ſed ſpes tantum naſcitur. Hingegen ſind die contractus actus bilaterales, duorum in idem placitum conſenſus, woraus dem andern keine Hofnung, ſondern ein wircklich Recht zu wege

ge-

gebracht wird, welches durch meine intempeſtivam poenitentiam dem andern nicht ſogleich wieder kan genommen werden. 5) Integritas mentis requiritur in eo, qui condit teſtamentum. L. 2. D. L. 3. *Cod. qui teſtam. fac. poſſ.* Denn ich frage einen ieden, ob es wohl möglich iſt, daß einer ſeinen letzten Willen und wahre Hertzens-Meinung kan zu Tage legen, welcher nicht bei Sinnen iſt, und nicht weiß, was er gedencket, oder will? Und daraus erſiehet man nun leichtlich die Urſache, warum weder ein furioſus, noch mentecaptus, noch Kinder Teſtamente machen können. Jedoch wir wollen von dieſen Sachen unten (*Tit. XII.*) umſtändlich handeln.

§. 492. Aus der von uns beigebrachten definition des Teſtaments, quod ſit iuſta animi noſtri voluntas, flieſſet 6) das axioma, ſolemnitates omnes in teſtamento condendo eſſe obſervandas, quas leges exigunt: denn wenn nur eine einzige davon gelaſſen wird, ſo iſt das Teſtament unrichtig, und alſo auch ungültig. L. 1. D. *de iniuſt. rupt. irrit. teſtam.* Denn die Geſätze haben einmal die ſolemnitates eingeführet, ius autem publicum, vel leges publicæ privata voluntate non mutantur. L. 5. *Cod. de Legib.* Dahero obgleich in L. 83 §. 7. D. *de Legat. II. Lucius Titius* ſein Teſtament auf folgende Weiſe verfaſſet hatte: *Lucius Titius* hoc teſtamentum meum ſcripſi, ſine ullo iuriſperito, rationem animi mei potius ſequutus, quam nimiam & miſeram diligentiam, & ſi minus aliquid legitime minusque perito fecero pro iure legitimo haberi debet hominis ſani voluntas; ſo hat doch dieſes Teſtament, ob es gleich mit dieſer ſchönen Clauſel befeſtiget geweſen, keine Gültigkeit gehabt, weil dabei die ſolemnitates iuris nicht ſind beobachtet worden: wie denn auch hinzu gefüget wird, daß die bonorum poſſeſſio geſuchet worden. Im übrigen iſt wohl zu mercken, daß die ſolemnitates eſſentialia requiſita ſeyn, quibus ſtat caditque teſtamentum, & quæ leges in teſtamento omitti nolunt. Es ſind aber dieſelben vel internæ, quæ ad materiam teſtamenti ſeu obiectum pertinent; vel externæ, quæ ad eorum formam pertinent. Die Urſache, warum die Geſätze bei den Teſtamenten ſo viele Solennitäten erfordert haben, iſt keine andere, als weil die Menſchen nach keiner Sache mehr trachten, als nach den Erbſchaften, und dahero den Betrügereien und Bosheiten nichts mehr, als ein Teſtament unterworfen iſt. Damit alſo dergleichen böſen Künſten möchte Ziel und Maaß geſetzet werden, ſo hat man ſo viele Solennitäten, ſo viele Zeugen, und ſo viele beſondere ritus bei den teſtamentis erfordert, damit nicht leichte ein Teſtament möchte ertichtet, verfälſchet, oder verderbet werden. Wir haben von dieſer Sache ein mehrers beigebracht in oratione inaugurali, de iurisprudentia veterum formularia ritibusque, quibus negotia civilia explicabant ſolemnibus.

§. 493. Wir wollen nunmehro weiter in den Text gehen, und die ſolemnitates ſelbſt betrachten. Wir haben geſaget, daß die ſolemnitates ſeyn vel internæ vel externæ. Wir haben nur eine einzige ſolemnitatem internam, nemlich heredis inſtitutionem. Dieſe iſt ſo nothwendig, daß dieſelbe caput und fundamentum teſtamenti genennet wird in §. 34. *Inſt. de legat.* Denn wenn dieſe vorbei gelaſſen iſt, ſo gilt das gantze Teſtament nichts. Und daraus erhellet nun, warum in L. 1. §. 3. *de hered. inſtit.* geſaget wird, teſtamentum fieri poſſe, quinque, tribus, duobus, quin & unico verbo. Wenn alſo ein Teſtament gefunden wird, darin einer von aller ſeiner Verlaſſenſchaft diſponirt hat (§. 490.), derjenige aber, welcher in der gantzen Verlaſſenſchaft ſuccedirt, Erbe iſt: ſo ſiehet man, daß die heredis inſtitutio niemals im Teſtament müſſe vorbeigegangen werden. Wenn alſo einer ein Teſtament machet, und *Titio* 1000. Thaler, deſſen Bruder eben ſo viel. *Lucio* die Bibliothek, *Mevio* das Haus und die Aecker vermachet, und noch mehrere legata und fideicommiſſa verläßt, aber keinen Erben eingeſetzet hat: ſo hat er kein Teſtament gemacht, ſondern nur codicillos. Es entſtehet aber hierbei die Frage, wie und auf was Art muß der Erbe eingeſetzet werden? In unſern Rechten werden dazu verba imperativa vel æquipollentia erfordert, v. g. *Titius* heres eſto; *Titium* heredem eſſe volo; eum heredem inſtituo, ſcribo, relinquo. Wenn alſo einer alſo geſetzet hätte: *Titium* heredem meum rogo, ut hereditatem ſempronio reſtituat: ſo iſt alsdenn dieſer *Titius* nicht heres civilis & directus, ſed fideicommiſſarius, weil hier keine verba directa oder imperativa vorhanden ſeyn. Die Urſache, warum hierbei unſere Rechte verba directa oder imperativa erfordern, iſt daraus herzuholen, weil ehemals die teſtamenta in calatis comitiis gemachet wurden, und dahero dieſelben leges waren: (§. 386.) die leges aber nicht verbis precativis, ſondern imperativis geſchrieben werden: hoc facito, hoc ne facito. Wir verſtehen nun alſo gar leichte, warum teſtari in LL. XII. *Tabb.* ſo viel als legare bedeute, nemlich a lege, quia legis modo aliquid teſtamento relinquitur, wie VLPIANVS *in Fragment. Tit. XXIV.* §. 1. redet. Wir können auch daraus ermeſſen, warum teſtamentum νόμος lex, und teſtari νομοθετεῖν, legem ferre, *in Excerpt. de Legation.* p. 62. und bei CHRYSOSTOMO *Serm. I. in Act. Apoſt.* p. 615. *Nov.* XXII. c. 2. genennet werden.

§. 494. Wir wenden uns nunmehro zu den ſolemnitatibus externis, die zur Form der Teſtamente gehören, und deren ziemlich viel ſind. Unter dieſen iſt 1) unitas contextus. Von einem Teſtament ſaget man, daß es uno contextu gemacht werde, α) wenn alle Solennitäten zu gleicher Zeit verrichtet werden, und der actus teſtandi nicht interrumpirt wird. β) Wenn dieſes verrichtet wird, d. i. wenn das Teſtament gemachet wird, daß keine an-

andere Handlung mit eingemiſchet werde. Wenn dahero heute drei Zeugen, morgen viere derſelben unterſchrieben und unterſiegelt haben: ſo gilt das Teſtament nicht, weil es nicht uno contextu gemachet worden. L. 2. *Cod. de teſtam.* Alſo auch, wenn der teſtator anfänget zu teſtiren, und ſeinen letzten Willen zu erklären, hernach aber dieſen actum interrumpirt, z. E. daß er mit einem von den gegenwärtigen Zeugen einen Contrakt ſchlieſſet, und wenn derſelbe vollendet, im Teſtamentmachen wieder fortfähret: ſo hat er nichts gethan, weil hier die unitas contextus mangelt. L. 20. D. *de Verbor. ſignif.* Allein was das erſte anbelanget, ſo iſt daſſelbe civiliter zu verſtehen. Denn wenn dem teſtatori ſelbſt oder einem Zeugen eine kurze Verhinderung fürfält, z. E. der teſtator kömmt von Sinnen, recolligirt ſich aber ſogleich wieder, oder ein Zeuge will ſeine Nothdurft verrichten: ſo pflegen die Römiſchen Rechte hierin nicht ſo ſcharf zu verfahren. Daß man aber ſonſt ſo ſtarck darauf zu halten pflegte, davon war die Urſache, weil ehemals die teſtamenta in calatis comitiis verfertiget wurden. Wenn nun die comitia entweder per ſiniſtra auſpicia, oder per interceſſionem magiſtratus vel tribuni plebis zerriſſen wurden: ſo galt dasjenige, welches in denſelben war verrichtet worden, eben ſo viel, als ob es gar nicht abgehandelt worden. Ob nun gleich nachhero die teſtamenta nicht mehr in calatis comitiis gemachet wurden: ſo hat man doch zur Nachahmung dieſes Gebrauchs haben wollen, daß die teſtamenta uno contextu ſollen verfertiget werden.

§. 495. 2) Die andere äuſſerliche Solennität war die Gegenwart von ſieben Zeugen. *a*) Es werden ſieben Zeugen erfordert, nicht als ob etwa in der ſiebenten Zahl ein beſonder Geheimniß verborgen liege, ſondern es geſchiehet vielmehr deswegen, weil ſie die Perſonen, welche in teſtamentis per æs & libram gebraucht wurden, vorſtellen ſolten, nemlich fünf Zeugen, ein libripens und anteſtatus, und der familiæ emtor ſtellte den Erben vor. *β*) Müſſen dieſe Zeugen dazu ſpecialiter erbeten ſeyn. L. 21. §. *ult.* D. *quæ teſtam. fac. poſſ.* Dahero iſt es nicht genug, daß nur etwa von ohngefehr ſieben Menſchen gegenwärtig ſeyn, ſondern ſie müſſen dazu erbeten und verſichert worden ſeyn, daß der teſtator ein Teſtament machen wolle, und ſie deswegen bitten laſſe, dabei gegenwärtig zu ſeyn, und zu unterſchreiben. Fraget man nach der Urſache dieſer Verordnung: ſo finden wir dieſelbe wiederum bei den teſtamentis, welche in calatis comitiis gemachet worden, weil bei denſelben die ſolenne Frage geſchehen muſte, velitis iubeatis Quirites, wie wir oben (§. 487.) erinnert haben. Dieſe ſolenne Frage muß nun vorgeſtellet werden durch die Erbittung der gegenwärtigen Zeugen. *γ*) Es müſſen aber auch die Zeugen den teſtatorem ſehen können, L. 9. *Cod. de teſtamentis*, weil dieſes ſelbſt die geſunde Vernunft zu erfordern ſcheinet. Denn wie leichte hätte es doch wohl

ſonſt geſchehen können, daß ſich einer in eines ſchon verſtorbenen Mannes Bette legen können, und entweder ſich ſelbſt, oder ſeine andern guten Spieß-Geſellen zu Erben einſetzen, wenn die Zeugen den teſtatorem nicht hatten ſehen ſollen? Wenn dahero dieſe Handlung bei Nachtzeit angeſtellet wird, ſo müſſen Lichter angeſtecket werden, und wenn das Bette mit Vorhängen umgeben iſt, müſſen dieſelben aufgezogen werden, damit die Zeugen den teſtatorem im Geſichte haben. *d)* Deber cum teſtibus eſſe teſtamentifactio. Dieſe Regel iſt § 6. *Inſt h t.* enthalten, und einige verſtehen ſolches von der teſtamentifactione activa, andere von der paſſiva, und wieder andere von beiden. Daher THEOPHILV. *in Paraphraſi Inſtitutionum* dieſe Regel dadurch erkläret: *qui & a nobis heredes inſtitui, & nos inſtituere poſſunt, ii & teſtes eſſe poſſunt.* Man mag aber dieſe Regel in einem Verſtande nehmen, in welchen man will: ſo wird dieſelbe ſich falſch befinden, wenn man ſie von der teſtamentifactione activa nehmen will. Denn da ſtehet das Exempel von den Frauens-Perſonen im Wege, welche zwar teſtiren, aber keine Zeugen im Teſtament abgeben können. Will man die Regel verſtehen von der teſtamentifactione paſſiva: ſo ſtehen die Exempel von den Weibern, Knechten, Kindern und Unmündigen entgegen, welche zu Erben eingeſetzet werden, aber bei Teſtamenten keine Zeugen ſeyn können. Endlich wenn man beede teſtamentifactiones mit einander verknüpfen will: ſo ſtehet wieder das Exempel von den Weibern in Wege, welche teſtiren und Erben einſetzen können, aber doch keine Zeugen bei den Teſtamenten abgeben. Dahero muß man dieſe Regel von der alten teſtamentifactione, welche in calatis comitiis geſchahe, verſtehen, daß alſo folgender Verſtand heraus komme: quicunque olim teſtamentifactionem habebant in calatis comitiis, ii & poſſunt hodie in teſtamento teſtes adhiberi. Auf ſolche Art hat dieſe Regel ihre gute Richtigkeit, und wir ſind nunmehro im Stande, eine Urſache anzugeben, warum bei den Teſtamenten weder eine Frau, §. 6. *Inſt. h. t.* ein Unmündiger, ein Knecht L. 20. §. 7. D. *qui teſtam. fac. poſſ.* ein furioſus, noch ein Tauber und Stummer Zeugen abgeben können: weil nemlich dieſelben kein ius comitiorum hatten. Wegen anderer Urſachen konten blinde Perſonen keine Zeugen ſeyn, weil ſie weder den teſtatorem ſehen, noch ihr Siegel und Unterſchrift hinzu ſetzen, oder recognoſciren konten. L. 4. L. 7. D. *teſtament. quemadm. aperiant.* So konten auch diejenigen, welche wegen eines Paſquills zu einer Strafe waren verdammet worden, keine Zeugen abgeben, weil die Schande und Unehrlichkeit dieſer Perſonen ſo beträchtlich war, daß ihnen nichts geglaubet wurde. Den berühmten Römiſchen Rechtsgelehrten *C. Iuventio Celſo* wurde von *Domitio Labeone* eine Frage vorgeleget: an & is, qui teſtamentum ſc ipſit, veluti hodie tabellarius, vel tabellio, poſſit tamquam teſtis ſignare? L. 2. D. *qui teſtam fac. poſſ.*

poſſ. Dem *Celſo* aber ſchiene dieſe Frage ſo närriſch zu ſeyn, daß nachhero die Rechtsgelehrten alle abgeſchmackte Fragen, und bei welchen ſich keine Zweifels-Gründe finden, quæſtiones Domitianas zu nennen pflegen. Endlich müſſen auch dieſe ſieben Zeugen weder dem teſtatori, noch den Erben per vinculum poteſtatis coniuncti ſeyn. Denn wenn ein Vater ein Teſtament machen wolte, und unter den Zeugen ſeine Söhne mitbrauchte, oder wenn der teſtator *Mevium* zum Erben einſetzte, und deſſen Söhne als Zeugen erbäthe: ſo würde ſolches nicht angehen, weil dieſe benannten Perſonen hier würden teſtes in propria cauſſa ſeyn. Denn alle Handlung wird hier zwiſchen dem teſtatori und dem Erben tractiret, und der Vater und Sohn werden in unſern Rechten nur für eine Perſon gehalten (§. 139. VI.). Woraus wir dann ferner ſchlieſſen, daß der Erbe noch vielweniger einen Zeugen abgeben könne: dagegen dem legatario erlaubet iſt, einen Zeugen abzugeben. §. 10. 11. *Inſt. h. t.* Es ſchadet auch dieſes nicht, wenn die Zeugen unter ſich verwandt ſind, z. E. ſieben Brüder können zuſammen bei einem Teſtament als Zeugen gebrauchet werden: welches auch angehet bei dem Vater und Sohn, wenn ſie nur weder dem teſtatori, noch dem Erben verwandt ſind, §. 8. *Inſt. h. t.*

§. 496. Die beeden Solennitäten, welche bei den teſtamentis ſeyn müſſen, und die wir bisher erkläret haben, werden ſowol bei dem teſtamento ſcripto, als auch bei dem teſtamento nuncupativo erfordert. Jetzo ſollen einige Solennitäten folgen, welche nur bei den ſchriftlichen Teſtamenten müſſen beobachtet werden. Nemlich es wird 3) erfordert, daß entweder der teſtator das Teſtament ſelbſt ſchreiben, oder doch zum wenigſten unterſchreiben muß. Wenn das Teſtament der teſtator ſelbſt geſchrieben hat, ſo wird dergleichen Teſtament holographum genennet: wenn aber der teſtator dem Teſtament, welches der Notarius aufgeſetzet hat, ſich unterſchreibet, ſo iſt es eben ſo gut, als das teſtamentum holographum. Aber, wie wird es alsdenn gehalten, wenn der teſtator gar nicht ſchreiben kan? Wir antworten darauf, daß der achte Zeuge bei dem Teſtament muß gebraucht werden, welcher alsdenn in des teſtatoris Namen unterſchreibet L. 28. §. 1. *Cod. de teſtamentis.* Denn dieſes iſt eine Haupt Regel: quotiescunque defectus aliquis in teſtatore eſt, ut ſolemnitatem aliquam ipſe expedire nequeat, adhibendum tunc eſſe teſtem ſupernumerarium. Ein anders Exempel von dieſer Sache wird ſich unten bei dem Teſtament eines Blinden (§. 518.) finden.

§ 497. Wir wenden uns nunmehro zu der 4) und letzten Solennität, die bei den Teſtamenten erfordert wird, welche in der Unterſchrift und Unterſiegelung der Zeugen beſtehet. Die Unterſchrift muß durch eines ieden Zeugen ſeine eigene Hand geſchehen, damit man ſehen kan, wer eigentlich die Unterſchrift des Teſtaments verrichtet habe, L. 30. D. *qui teſtam. fac. poſſ.* Aber

wie

wie ſoll man alsdann verfahren, wenn nun einer von den Zeugen weder ſchreiben noch leſen kan? Einige Rechtsgelehrte geben zu, daß einer von andern Mitzeugen für dieſen unterſchreiben könne: allein ſie thun ſehr übel daran, daß ſie ſolches zulaſſen. Denn aus dem L. 31. *Cod. de teſt.* können wir erſehen, daß dieſes nur in den Teſtamenten der Bauern erlaubet ſey, daß ein Zeuge vor den andern ſoll unterſchreiben können. In Städten aber, wo kein Mangel an Leuten iſt, müſſen tüchtige Zeugen gebrauchet werden, und alſo auch ſolche, welche ſchreiben können. Was die Unterſieglung des Teſtaments anbelanget, da iſt es einerlei, ob einer ſeinen eigenen Siegelring oder Petſchaft, oder eines andern ſeines ſich bedienet, und es iſt erlaubet, daß alle Zeugen nur mit einem einzigen Petſchaft die Unterſieglung verrichten können §. 5. *Inſt. h. t.* Heut zu Tage iſt kein Zweifel, daß nichts daran gelegen, ob einer mit einem Ring oder Petſchaft welches ein Zeichen hat, ſiegele. Daher der Keiſer *Maximilianus* I. in ſeiner Notariat-Ordnung vom Jahr 1512. erfordert die Unterſieglung mit ihren gewöhnlichen Signeten: welches ſich ehemals anders verhielte, da der Siegelring (annulus ſignatorius) nothwendig erfordert wurde, wie aus dem L. 22. §. 5. D. *qui teſtam. fac. poſſ.* kan erſehen werden. Die Urſache dieſer Verordnung iſt einzig und allein aus den Alterthümern herzuholen. Denn ein ieder Römiſcher Bürger hatte ſeinen beſondern Ring, womit er alle Contrakte und andere Schriften, welche über die bürgerlichen Handlungen errichtet wurden, unterſiegelte. Es hatte derſelbe aber auch ſein typarium ferreum, welches mehrentheils an einem Schlüſſel befeſtiget war, womit er ſeine Vorraths-Cammern, Wein-Keller, u. d. m. verſiegelte, damit nicht etwa die Knechte, welches böſe Buben waren, etwas davon tragen möchten. Dergleichen Schlüſſel mit dem typario ſignatorio iſt ehemals in den Niederlanden gefunden worden, welchen IVSTVS LIPSIVS *in Comment. ad* TACITI *lib. II. Annalium* p. 81. im Kupfer beigefüget hat. Damit nun alſo niemand meinen möchte, als ob es einerlei wäre, mit dem Ringe oder dem Petſchafte zu ſiegeln: ſo haben unſere Geſätze hierzu den Siegelring ausdrücklich erfordert.

§. 498. Wir haben nunmehro von allen Solennitäten, ſowol von den innerlichen, als äuſſerlichen geredet, welche bei den Teſtamenten müſſen gebrauchet werden: ietzo wird gefraget, ob nicht noch eins und das andere bei den Teſtamenten nöthig ſey? Wir antworten darauf, a) daß heut zu Tage nichts daran gelegen ſey, auf was Materie ein Teſtament geſchrieben werde. Ehemals wurden die Teſtamente mehrentheils auf wächſerne Tafeln geſchrieben, welche man hernach mit Leinwand überzogen, und äuſſerlich verſiegelte. Heut zu Tage aber pflegt man dazu Pergament oder Papier zugebrauchen, wenn nur daſſelbe nicht durchſchläget, daß man die Buchſtaben auf der andern

dern Seite ſehen kan, L. 6. §. *ult.* D. *de bonor. poſſeſſ.* Charta deletitia wurde genennet, in qua iam aliquid ſcriptum, ſed poſtea litteræ deletæ erant. Charta ὀπισθόγραφος hieß, cuius tergo iam aliud quid fuerat inſcriptum. Denn die Römer bedienten ſich des Egyptiſchen Papiers, welches ſehr dinne war, daß man auf beide Seiten nicht ſchreiben konte, und wenn man dieſes that, ſo kamen die Buchſtaben auf beeden Seiten herfür. Damit nun dergleichen nicht geſchehen möchte, ſo muſte man dieſer Sache abzuhelfen ſuchen, weil ſonſten die Schrift, da die Buchſtaben von beeden Seiten durchſchimmerten, gantz verdunckelt wurde. Aus eben der Urſache erinnern unſere Geſetze, daß β) ein Teſtament nicht durch Noten oder Abbreviaturen, ſondern mit Buchſtaben ordentlich ſoll geſchrieben werden, damit dieſelben leichte können geleſen, und kein anderer Verſtand etwa daraus gezogen werden. L. 6. §. *vlt.* D. *de bonor. poſſeſſ.* Was dieſes öfters den Erben und legatariis vor Schaden bringe, wenn der Notarius dergleichen dunckele Merckmale, und unbekannte Abbreviaturen gebrauchet, ſolches kan uns SVETONIVS *in Galba* c. 5. lehren, alwo er ſchreibet: *Obſervavit arte omnes Liviam Auguſtam: cuius & vivæ gratia plurimum valuit, & mortuæ teſtamento pæne ditatus eſt*: H. S. *namque quingenties cum præcipuum inter legatarios habuiſſet, quia notata, non perſcripta erat ſumma, herede liberio legatum ad quingenta revocante, ne hoc quidem accepit.* Beſiehe RADVLPHVM FORNERIVM *lib.* III. rer. quotid. c. 2. CVIACIVM *lib.* III. *Obſ.* c. 3. Wir erinnern aber auch γ) daß nichts daran gelegen ſey, in welcher Sprache das Teſtament verfaſſet werde. L. 21. § *vlt. d.* L. 15. *Cod. de teſt.* Ehemals verhielte ſich die Sache gantz anders: ea enim, quæ iuris civilis erant, non alia quam lingua Latina explicari poterant, quæ iuris Gentium, lingua quacunque L. 8. D. *de Accoptil.* Dahero muſten auch die Teſtamente Lateiniſch verfaſſet werden, L. 20. § vlt. D. *qui teſt. fac. poſſ.* und es konte nicht einmal ein Legatum in Griechiſcher Sprache hinterlaſſen werden, ob man gleich ein fideicommiſſum græce relictum genehmigte. VLPIANVS *in Fragment. Tit.* XXV. v. 9. Aber dieſes iſt, wie wir ſchon erinnert haben, durch die neuern Geſätze geändert worden: daß alſo heute zu Tage einer ſich einer Sprache bedienen kan, welcher er will, wenn er ein Teſtament machet.

§. 499. Weil das meiſte, was wir bishero vorgetragen haben, ſich mehr auf die teſtamenta ſcripta, als nuncupativa beziehet: ſo iſt noch die Frage zu erörtern übrig, was vornemlich bei den teſtamentis nuncupativis müſſe beobachtet werden? Wir antworten darauf, 1) daß ſieben Zeugen müſſen gegenwärtig ſeyn, welche im Stande ſind Zeugen abzugeben, und dazu erbeten worden, eben wie es bei einem ſchriftlichen Teſtament pfleget gehalten zu werden. 2) Müſſen dieſelben den teſtatorem nicht allein ſe-

hen, wie bei dem ſchriftlichen Teſtament, ſondern ſie müſſen auch deſſelben Reden hören und verſtehen. Dahero gehet es nicht an, daß man Leute zu Zeugen nehmen kan, welche taub ſind, oder Fremdlinge, die der Sprache des teſtatoris nicht kundig ſind. Die Urſache dieſer Verordnung beſtehet darin, weil man hier nicht aus der Schrift, ſondern aus dem Zeugniß der gegenwärtigen Zeugen beurtheilen muß, was des teſtatoris Wille geweſen ſey, weswegen bei einem ſolchen teſtamento nuncupativo die Zeugen noch des teſtatoris Tode eidlich müſſen abgehöret werden. MEVIVS P. IV. *Deciſ.* 13. Wie kan aber ein Tauber, ein Fremder, der die Sprache des teſtatoris nicht verſtanden, eidlich abgehöret werden, und wir wollen dieſe Leute tüchtige Zeugniſſe ablegen können? 3) Muß der teſtator vor dieſen Zeugen öffentlich und mit lauter Stimme immer hinter einander ſeinen Willen zu Tage legen. Es kömmt dahero eine ſchöne Frage vor: an valeat etiam teſtamentum, in quo heres non exprimitur, ſed teſtator ſe referat ad ſchedulam certo loco incluſam, v. g. heredem inſtituo illum, cuius nomen poſt mortem meam in hac arcula reperietur. Der ſel. BRUNNEMANN ad *L.* 77. *D. de hered. inſtit.* STRYK *in Cautelis teſtamentorum* c. XVI. §. 25. und andere mehr halten dafür, daß dergleichen Teſtament, welches ſie myſticum, relativum, implicitum, nennen, vollkommen gültig ſeyn müſſe. Fraget man, warum ſie dieſe Meinung hegen: ſo gründen ſie ſich auf den *L.* 77. *D. de hered inſtit.* alwo ein gewiſſer teſtator geſetzet hatte: quem heredem codicillis fecero, is reliquam hereditatem accipiat. Daher ſagen ſie, wenn er dieſes thun könne, warum er nicht ebenfalls alſo ſchreiben könnte: quem heredem in arcula illa nomino vero, heres eſto! Allein nach meinem Ermeſſen kömmt dieſes ſehr abgeſchmackt heraus. Denn a) teſtamentum & codicilli werden für einen einzigen letzten Willen gehalten, und die Codicilli bekommen ihre Kraft aus dem Teſtament, & ius teſtamenti ſequuntur: *L.* 3 *v. vlt. L.* 16. *D. de codicill.* man kan aber dieſes nicht von einen Zeddul ſagen, der in einen Kaſten eingeſchloſſen lieget. 2) Iſt es ein Gedichte angeführter Rechtsgelehrten, daß ein Teſtament könne gemacht werden, worin der Name des Erben nicht ausgedrücket: allein im *L.* 77. *de hered. inſtit.* war ja der Erben ausdrückliche Meldung geſchehen, nur weil noch etwas exaſſe bonorum übrig geblieben war, hatte der teſtator geſetzet, daß derjenige dieſen überbliebenen Theil haben ſolte, welcher im Codicill genennet worden: worin ſich alſo ein groſſer Unterſchied zu Tage leget. 3) Widerſprechen unſern Rechtsgelehrten unſere Rechte offenbar, und haben wir ſonderlich zwo Leges, welche ihnen entgegen ſtehen. Der erſte iſt *L.* 21. *pr.* D. *qui teſtam. fac. poſſ.* alwo geſaget wird, heredes aut palam, ita vt audiri poſſit, nuncupandos & ſcribendos eſſe. Nun aber frage ich einen jeden, an ille

ſcribit,

ſcribit, vel palam nuncupat heredes, qui ſe referat ad ſchedulam? Das andere Geſetz, ſo ihnen entgegen iſt, findet ſich in *L.* 29. *Cod. de teſtament.* Dazu kömmt noch 4) daß unſere ſonſt brave Rechtsgelehrten dergleichen Teſtament ein teſtamentum myſticum benennen. Denn die Griechen nenneten ehemals alle teſtamenta, welche geſchrieben waren, myſtica, nicht deswegen, weil darin kein Erbe benennet worden war, ſondern weil die Zeugen nicht wuſten, wer darin zum Erben eingeſetzet worden. Und daher wird das von BRVNNEMANN und andern ausgekünſtelte teſtamentum myſticum von andern Rechtsgelehrten billig verworfen.

§. 500. In dieſem §pho wird von dem heutigen Gebrauch dieſes Titels gehandelt: ehe wir aber dazu ſchreiten, wollen wir vorhero die Gewohnheiten der alten Teutſchen in möglichſter Kürtze in Erwegung ziehen. Die alten Teutſchen wuſten gar nichts von Teſtamenten, aber die pacta ſucceſſoria haben ſie zu allen Zeiten im Gebrauch gehabt. TACITI Zeugniß *de morib Germanor.* c. 20 iſt klar genug: Heredes ſucceſſoresque ſui cuique liberi: nullum teſtamentum. Si liberi non ſunt, proximus gradus in ſucceſſione fratres, patrui, avunculi. Es pflegen zwar die Gelehrten dieſe Worte auf mancherlei Art auszulegen, und einige meinen, ſie hätten zwar Teſtamente gehabt, aber nicht ſolche Solennitäten dabei gebraucht, wie die Römer zu thun gewohnt geweſen. MARQVARDVS FREHERVS *de tutel. elector.* p 45. Andere verſtehen die Stelle Taciti nur von geſchriebenen Teſtamenten, und wieder andere ſagen, daß bei den Teutſchen wegen ihrer pauvreté keine teſtamenta ſtatt finden können, welche STRYK *de Succeſſ. ab inteſt. diſſ. VIII. c.* 1. § 2. wiederleget, und anbei anmercket, daß ſich CONRING *in præfat. ad* TACITVM *de Morib. Germanor.* geirret, da er dafür gehalten, daß die Teſtamente bei den Teutſchen durch ein beſonders Geſätz verboten worden: wiewol Herr STRYK ſelbſt die Stelle TACITI nicht recht verſtanden hat. Vornemlich iſt die Auslegung, welche STRYK über dieſe Stelle gemacht hat, mehr ſubtil, als ſolide, indem dieſelbe darin beſtehet, daß die Teutſchen die Teſtamente gleich andern Völckern im Gebrauch gehabt, und dieſelben nur in einem einzigen Fall nicht zugelaſſen hätten, wenn nemlich Kinder, oder cognati vorhanden geweſen wären, welche ab inteſtato hätten erben müſſen. Denn ob es gleich dieſem gelehrten Manne unglaublich geſchienen, daß die Teutſchen ſo barbariſch und dumm ſolten geweſen ſeyn, daß ſie nicht einmal in Ermangelung der Kinder und Anverwandten ihre Güter jemand durch letzten Willen überlaſſen, ſondern dieſelben eines jeden Angriff ausgeſetzet hätten: ſo kan man doch ſolches eben nicht als einen Beweis barbariſcher Dummheit betrachten. Wer wolte die Ebräer deswegen ſchelten, da dieſelben von teſtamentis ebenfals nichts gewuſt haben, und in

der Ebräiſchen Sprache ſich nicht einmal ein Wort findet, wodurch man das Wort, Teſtament, ausdrücken könte. SELDENVS *de Succeſſione ſecundum legem Hebræorum* c. 1. Es hat aber der Herr STRYK ſeine Meinung in den Buche *de cautelis teſtamentorum* c 1 § 8. geändert, und ſuchet umſtändlich darzuthun, daß die Teutſchen darin vor andern glücklich gewesen, daß ſie keine Teſtamente verfertiget, ſondern ihr Vermögen den Anverwandten vermacht haben. Der Irrthum der erſten Meinung iſt daher entſtanden, weil man ehemals geglaubet hat, daß die teſtamentifactio iuris gentium ſey, welches aber STRYK nachhero wahrgenommen, und ſeine erſte Auslegung verlaſſen hat. Und geſetzt, daß auch die Güter durch Teſtament an niemand wären verlaſſen worden; ſo wäre doch nicht zu beſorgen geweſen, daß dieſelben pro derelictis gehalten worden, weil einem, der keine Anverwandten hatte, frei ſtunde, ſeine Güter zu verſchencken, oder darüber mit einem andern Verträge zu machen. Und wem iſt wohl unbekannt, daß der fiſcus ſich derjenigen Güter bemächtiget hat, welche keinen Herrn gehabt, dergleichen wohl noch heut zu Tage öfters zu geſchehen pfleget, da allen und reden erlaubet iſt, Teſtamente zu machen. BEIER *Poſit. Pandect. lib.* XXVIII. *Tit.* 1. p. 459. Das andere Argument, worin der Herr STRYK vieles Vertrauen zu ſetzen ſcheinet, iſt eben ſo wenig bindig, als das erſte. Denn er erzählet aus LEHMANNI *Chron. Spirenſ. lib.* II. c. 20. p. 98. daß Carl der Große den überwundenen Sachſen die teſtamentifactionem benommen habe, welche ihnen hernach deſſen Sohn, Keiſer Ludewig der Fromme, wieder hergeſtellet. Daraus folgert er, daß die Teutſchen vor *Caroli* M. Zeiten einen gewiſſen modum teſtandi müſten im Gebrauch gehabt haben. Allein es iſt dieſes alles vergebens. Denn LEHMANNVS ſaget nirgends, daß Carl der Groſſe den Sachſen das Recht Teſtamente zu machen, entzogen, hingegen Ludewig der Fromme ihnen ſolches wiedergegeben habe. Denn dieſer Mann redet nur davon, daß er läugnet, daß die Knechte Teſtamente hätten machen können, Herr STRYK würde ſich alſo beſſer gerathen haben, wenn er eine Stelle des *Auctoris vitæ Ludovici Pii ad an.* 814. nachgeleſen hätte, alwo dieſer Schriftſteller folgenden Bericht erſtattet; *Quo tempore Saxonibus atque Friſonibus ius paternæ hereditatis, quod ſub patre ob perfidiam, legaliter perdiderant, imperatoria clementia reſtituit.* Dieſe Völcker waren alſo nicht der teſtamentifactione beraubet worden: ſondern man hatte ihnen nur das ius paternæ hereditatis genommen, d. i. man hatte ihnen die bona avita wegen ihrer Untreue entzogen, und ſelbige dem Königlichen Fiſco zugeſchlagen. Alſo iſt wohl gewiß, daß die alten Teutſchen von den Teſtamenten nichts gewuſt haben. TACITVS redet allezeit in einer Vergleichung der Teutſchen mit den Römiſchen Sitten; und weil bei den Römern die

Teſta-

Teſtamenta grand mode waren: ſo will er in angeführter Stelle eben zeigen, daß hierin die Sitten der Teutſchen von den Römiſchen ganz und gar abgegangen. Du fragſt aber, wie es gekommen, daß wir heut zu Tage in Teutſchland ſo viel auf die Teſtamente halten? wie ſind dieſelben eingeführet worden? Wir beantworten dieſe Frage folgendermaſſen. Da die Teſtamente nicht Teutſchen Urſprungs ſeyn, ſo müſſen die Teutſchen dieſelben den Römern abgelernet haben. Und dieſes verhielt ſich alſo. Wie die Teutſchen Völcker ihre Sitze verlieſſen, und in die Länder des Abendländiſchen Keiſerthums eindrungen, und darin eigene Königreiche anlegten: ſo erlaubeten ſie den bezwungenen Völckern nach dem Römiſchen Rechten zu leben, daher dieſelben ſich immer der Teſtamente bedieneten. Nachgehends ahmeten die Teutſchen ſelbſt dieſe Gewohnheit nach, und da müſſen wir den Urſprung der Teutſchen ihrer Teſtamente nicht in Germania magna, dem innern Teutſchland, ſuchen, ſondern nach Spanien, Franckreich und Italien gehen, da wir dergleichen häufig antreffen werden. Von den Weſt-Gothen haben wir dieſes in *Hiſt iur. lib.* II. c. 1. §. 17. angemercket. Es findet ſich auch dergleichen Gewohnheit bei den Francken, und ſind davon gantze Formeln ſolcher Teſtamente anzutreffen bei MARCVLFO *lib. II. Form.* c. 12. 17. *in Adpend.* c. 52. LINDENBROGIO *in Form.* c. 72. BALVZIO *in Form.* c. 6. 28 ſeq. bei GOLDASTO T. II. *ſcript. rer. Alem.* p. 29. *in Form Alamann.* 13 ſeq. Daher alle die Teſtamente, bei CHIFLETIO *in Ampull. Rhemenſ.* c. 3. p. 9. MABILLON T. II. *Analect.* p. 81. 112. GREGORIO TVRONENSI *lib.* X. c. 12. DACHERIO T. V. *Spicil. Eccleſ.* MIRÆO *Donat. Piar.* p. 8. 11. 19. nach den Römiſchen Geſetzen gemacht worden ſind. Vornemlich haben die Geiſtlichen vieles dazu beigetragen, daß die Leute Teſtamenta gemacht, und aus Furcht und Warten der Dinge die da kommen ſollen, die Leute überredet, daß ſie Kirchen, Klöſter, Gott und die Heiligen zu Erben eingeſetzet haben. Daher findet man in den Urkunden der mittlern Zeiten ſo oft die Formel: pro remedio animæ meæ. Aber die Geiſtlichen nahm ſich wohl inacht, daß ſie dergleichen ſelbſt nicht thaten: und da findet man, daß ſie ſich wenig an das Fegefeuer, welches ſie doch andern ſo heiß gemacht, gekehret haben. Sie vermachten den Kirchen wenig oder nichts, lieſſen auch nicht leichtlich Knechte los. BALVZIVS T. II. *Capitular. Regg. Francor.* p. 366. Damit auch die teſtamenta nicht möchten umgeſtoſſen werden: ſo ſetzten ſie erſchreckliche Verfluchungen und Vermaledeiungen hinzu, wie aus einem Exempel bei LINDENBROGIO *in Formul.* c. 72. zu erſehen iſt. In Germania magna, oder dem innern Teutſchland, hat man die Teſtamente ſpäter eingeführet: welches nicht würde geſchehen ſeyn, wenn man nicht die Leute aus Furcht des Fegefeuers dazu verleitet hätte. Jedoch hat man hierbei ſich wenig an die Rö-

miſchen Solennitäten gekehret, ſondern man iſt zufrieden geweſen, wenn man nur ſeiner Seelen Heyl bedencken können. Anfänglich machten nur Könige und Fürſten Teſtamente: wie denn WITICHINDVS CORBEIENSIS *lib.* I. *Annal.* p. 641. *Henrici Aucupis* Teſtament anführet. Der Königin in Pohlen, Richenza, Teſtament ſtehet in TOELNERI *Cod. dipl. Palat.* p. 29. *Ottonis* IV. Teſtament hat MEIBOM. *in Apologia pro Ottone IV.* p. 148. beigebracht. Jedoch erhellet aus allen dieſen angeführten Exempeln, daß dieſe Teſtamente mit den Römiſchen nichts gemein haben, und faſt nichts anders beweiſen, als Stiftungen zu milden Sachen. Es wird auch nicht darin de univerſitate bonorum diſponirt, noch ein Erbe eingeſetzet, noch die geringſte Form, welche die Römiſchen Geſätze vorſchreiben, beobachtet, ſondern wie wir ſchon erinnert haben, werden darin legata ad pias cauſſas vermachet. Es iſt aber nicht bei den Königen und Fürſten allein geblieben, ſondern die Weiſe, Teſtamente zu machen, hat ſich bald weiter ausgebreitet. Denn wir finden, daß von dem zwölften Jahrhundert an ſowol die Edelleute, als auch Bürgerliche angefangen haben, Teſtamente zu machen: wiewol dieſes in Ober-Teutſchland eher, als in Sachſen und den benachbarten Landen eingeführet worden. Jedoch iſt dabei zu mercken, daß derjenige, welcher ein Teſtament machen wollen, erſt dazu müſſen die Erlaubniß erhalten, wie dieſes aus einer Urkunde des Keiſer Conrads III bei SCHANNAT *in Hiſt. Wormat. in Cod. Probat.* n. 75. zu erſehen iſt. Man hat keine Urſache ſich darüber zu wundern, daß es in den alten Zeiten alſo gehalten worden, da es noch heut zu Tage an einigen Orten beobachtet wird. ZYPÆVS *in Notitia iuris Belgici* p. 182. mercket an, daß dieſe Gewohnheit in den Niederlanden gelte: und ich habe aus den Acten, welche aus den Braunſchweigiſchen an unſere Facultät geſendet worden, wahrgenommen, daß alda niemand teſtiren kan von ſeinen Sachen, wenn er nicht die Erlaubniß von dem Landes-Fürſten erhalten hat. In dem dreizehenten Jahrhundert findet man, daß in Flandern auch den geringſten Leuten erlaubet worden zu teſtiren MIRÆVS *Dipl. Belg. lib* I. c. 85. Im vierzehnten Jahrhundert haben die Frieſen folgende Verordnung von Teſtamenten gemacht: Succeſſiones hereditarium, quocumque modo evenerint, proximo ſecundum leges & canones cedant ſucceſſori, niſi diſcedens cum conſiliis rectoris teſtamento aliter duxerit ordinandum. Wir treffen auch viele Teſtamente an, welche in dieſe Zeiten fallen, und werden dieſelben, letzte Geſchäfte, Geſchäfte und Seelen-Geräthe genennet. Beſiehe unſere *Elementa iuris Germanici lib* II. *Tit.* VII. §. 185. In Sachſen findet man erſt im Jahr 1409. etwas von Teſtamenten, wie aus LVDEWIG T. IV. *Reliq. MSt.* p. 444. T. V. p. 251. T. VIII. S. 456. zu erſehen iſt. In den folgenden Zeiten hat man in Sachſen die Teſtamente

ſtamente durch die Geſätze erlaubet. In den Statutis Goslarienſibus bei Leibnitz T. III. Script. rer. Brunſv. p. 487. p. 59 leſen wir: Een mach van ſyneme ghewunnen Gud Teſtament ſetten, heſegd geſund, eder in Sücke: Bedden, unde dat Teſtament ſcholde me bringen vor den Rod, wat de des overgeven, dat ſchall alſo gaen, wat de des aver nicht over en geken, dat ervet, ghelik alſe ander Gud, dar myn Teſtament van gheſait ne is. Was die Römiſchen Solennitäten bei den Teſtamenten betrift: ſo hat man dieſelben in den alten Zeiten in Teutſchland nicht angenommen, und daher kömmt es, daß noch heut Tage hin und wieder gar wenig auf die Solennitäten geſehen wird. Dergleichen findet ſich in Hamburg und Lübeck *Ius Hamb.* P. III. *Tit. I. art.* I. und III. *Ius Lubec. lib. II. Tit. I. art.* 2. An einigen Orten, als in Sachſen können die Bauern vor dem Pfarrherrn und zween Zeugen ihre Teſtamente machen. SCHVRFF *Centur.* III. *Conſil* 58. n. 9. Von den Niederlanden bezeugen GVDELINVS *de iure noviſſimo lib.* II. c. 5. und GROTIVS *in Introduct. iur. Belg lib.* II. c. XVII. daß alda die Teſtamente vor einem Notario und zween Zeugen verfertiget werden. Es iſt aber kein Zweifel, daß nicht noch heut zu Tage in Teutſchland teſtamenta ſolemnia gemachet werden. Jedoch werden auch manchmal teſtamenta publica gemachet. Denn nach unſern Rechten werden die teſtamenta eingetheilet in privata, quæ privatim fiunt, vel publica, quæ vel iudici, vel ipſi principi offeruntur. L. 19. *Cod. de teſtam.* Da nun alſo die teſtamenta publica ſich auf publicam fidem gründen, und deswegen keine Solennitäten erfordert werden: ſo werden die Teſtamente gar oft vor dem Richter verfertiget, oder wenn dieſelben auch nur privatim ſine ſolemnitatibus gemachet worden, werden ſie dem Richter übergeben, um dieſelben bei die Acten zu legen, und zu publiciren, wenn die teſtatores geſtorben ſind. So hat auch der Pabſt in c. 10. X. *de teſtamentis* eine neue Art von Teſtamenten erfunden, da einer vor dem Pfarrherrn und zween Zeugen ein Teſtament machen kan, welches alsdenn keiner weitern Solennität benöthiget iſt Und dieſes wird unter den Catholiſchen beobachtet, wie auch in Sachſen, welches kurtz vorher angemercket worden. Die Urſache, warum der Pabſt dergleichen Teſtamente eingeführet hat, fällt einem ſogleich in die Augen. Denn wozu iſt wohl die Gegenwart des Pfarrherrn nöthig, als daß er die Sterbenden unter Bedrohung des Fegefeuers erinnere, daß ſie Klöſtern, Kirchen und den Geiſtlichen Vermächtniſſe pro remedio animæ machen ſollen, damit ſie deſto eher aus dieſem beſchwerlichen Feuer mögen erlöſet werden. Endlich mercken wir noch an, daß wenn ein Teſtament nach den Geſetzen und Gewohnheiten des Orts, da es gemacht iſt, verfertiget worden, ſolches überall gelten müſſe, obgleich an einem andern Orte andere Solenni-

nitäten angenommen ſind. Z. E. in Frießland pflegen die Zeugen ihre Siegel bei den Teſtamenten nicht aufzudrücken. Wenn nun ein Teutſcher in Frießland ein Teſtament machet, und die Zeugen drücken ihre Petſchafte nicht auf: ſo muß daſſelbe doch in Teutſchland gelten, obgleich alda die Siegel der Zeugen ausdrücklich erfordert werden. Von dieſer Sache verdienet geleſen zu werden, was der ehemalige groſſe Frieſiſche Rechtsgelehrte, IOANNES A SANDE *lib. IV. Tit. I. def.* 14.

* * * * * * * * * * * * * * * * * * * *

Tit. XI.

De Militari Teſtamento.

§. 501.

Nichts iſt den Regeln einer guten Methode gemäſſer, als daß man zuerſt die Regel betrachtet, und hernach derſelben Ausnahmen in Erwegung ziehet. Was für Regeln bei den Teſtamenten zu beobachten ſeyn, ſolches iſt bisher umſtändlich gezeiget worden: Wir wollen alſo nunmehro von einigen Ausnahmen, welche dieſelben leiden, handeln. Nach unſern Rechten ſind die Teſtamenta vel ſolemnia, vel minus ſolemnia. Solemnia ſunt, in quibus nihil omnino ſolemnitatum hactenus explicatarum omittendum eſt: minus ſolemnia vel privilegiata teſtamenta ſunt, quando per leges vel omnes ſolemnitates, vel quædam remiſſæ ſunt, v. gr. militibus, de quorum teſtamentis agitur a §. 501-508. Quædam tantum per privilegium remiſſæ ſunt parentibus, de quorum teſtamento §. 509. Tempore peſtis teſtantibus §. 510. Ruri teſtantibus §. 511. Et denique aliis quibusdam, de quibus §. 512.

§. 502. Was die Soldaten betrift, ſo hatten dieſelben ſchon ehemals das privilegium, daß ſie in procinctu konten Teſtamente machen. Si enim in acie ſtabant incincti ſaga vel habitu ſeu cincto Gabinio, & inſertis ſcuto manibus tribus vel quatuor audientibus, voluntatem ſuam eloquerentur, rata erat eorum voluntas, quamvis nullæ aliæ ſolemnitates fuiſſent adhibitæ §. 1. *Inſt. h. t.* Dergleichen Teſtamente machten die Römiſchen Soldaten ſo oft, als ſie in der äuſſerſten Gefahr waren, und keine Hofnung vorhanden, daß ſie aus der Schlacht lebendig wieder zurück kommen würden. Wir finden davon einige Exempel bei PLVTARCHO *in Coriolano* p. 198. und VALERIO MAXIMO *lib. II.* c. 5. Daher hat ſich TRIBVNIANVS geirret, da er *in princ. Inſtit. h. t.* gemeinet, daß dieſe teſtamenta ob militum ſimplicitatem eingeführet worden. Bei den alten Römern hatte man nur militiam lectam, ein ieder Bürger war ein Soldat ſeines Vaterlandes: und daher muſte man durch ſolche privilegia die Leute zum Soldaten-Stand anreitzen, wie der Herr

THO-

THOMASIVS *in diſſ. de primis initiis ſucceſſionis teſtamentariæ* §. 23. gar recht gewieſen hat. Weil nun dieſe Teſtamente nur wegen der bevorſtehenden Todes-Gefahr in procinctu gemacht wurden, VELLEIVS PATERCVLVS *lib. II. Hiſtor.* c. 5. CICERO *de Oratore lib. I.* c. 53: ſo iſt es ſehr wahrſcheinlich, daß wenn die Gefahr vorbei geweſen, dieſe Teſtamente als donationes mortis cauſſa angeſehen worden, ob man ſie gleich nicht ausdrücklich wiederrufen hatte. THOMASIVS *in cit. diſſ.* §. 27. Dieſe teſtamenta militaria in procinctu condita ſind vorlängſt ſchon auſſer Gebrauch gekommen, wie dieſes ſelbſt der Keiſer *Juſtinianus* §. 1. *Inſt. h. t.* bekennet, und wir erſehen aus CICERONE *lib. II. de Natura Deorum* c. 3. daß zu deſſelben Zeiten dergleichen Teſtamente nicht mehr im Gang geweſen ſind. Daher die jenigen teſtamenta militaria, von welchen wir nunmehro gegenwärtig handeln wollen, mit den bisherigen nichts zu thun haben. Es haben nemlich die Keiſer eine neue Art von teſtamentis militaribus eingeführet. Denn da die militia lecta aufgehoben wurde, und man dagegen die mercenariam einführte, da Soldaten geworben wurden, und um einen gewiſſen Sold dieneten, welches der Monarchiſchen Herrſchaft der Keiſer gar zuträglich war: ſo haben die Keiſer den Soldaten unterſchiedene privilegia zugeſtanden, damit die Leute deſto eher ſolten bewogen werden, die Pique zu ergreifen. Und unter dieſen privilegiis war dieſes mit das vornehmſte, daß ſie ſolten die Freiheit haben, Teſtamente ohne einige Solennitäten zu machen. VLPIANVS *in Fragment. Tit. XXII.* §. 10. Die Geſchichte dieſes privilegii wird uns in L. 1. *princ.* D. *h. t.* erzählet, woraus erhellet, daß *Julius Cæſar*, hernach *Titus Domitianus*, *Traianus*, allen Soldaten dieſes privilegium zugeſtanden haben. Und daraus können wir erkennen, daß es ungegründet ſey, was TRIBVNIANVS geſaget, daß dieſes ob ſimplicitatem militum eingeführet worden. Denn wenn dieſes die Urſache wäre, ſo könte dieſes nur bei den militibus gregariis ſtatt finden: welches aber, daß es falſch ſey, aus dem L. 44 D. *h. t.* klar und deutlich erhellet. Gleichwol hat ſich doch auch der Keiſer *Domitianus* in L. 1. §. 1. D. *h. t* auf die ſimplicitatem militum bezogen.

§. 503. Bei dem teſtamento militari haben wir nur ein einziges axioma zu mercken: miles teſtaturus nullam ſolemnitatem adhibere tenetur, neque internam, neque externam, ſed ſufficit nuda eius voluntas, L. 1. §. 1. D. *h. t.* Daß aber ein Soldat an die innerlichen Solennitäten eines Teſtaments nicht gebunden ſey, ſolches ſoll uns ein leichtes ſeyn, zu demonſtriren, wenn wir das teſtamentum militare mit dem pagano vergleichen wollen. a) Pagani können keinen zum Erben einſetzen, welchen die Geſätze der Erbſchaften unfähig erklären, (§. 539. ſeq.) hingegen können die Soldaten einſetzen, welche ſie wollen, wenn es gleich incapaces ſeyn, z. E. deportatos. L. 13. §. 2. D. *h. t.* b) Wenn Pagani Teſtamente machen und Kinder haben: ſo müſſen ſie die-

ſelben entweder zu Erben einſetzen, oder namentlich aus rechtmäßiger Urſache enterben (§. 521.). Denn wenn einer dieſelben übergehet, ſo iſt das teſtamentum ipſo iure null und nichtig, *princ. Inſt. de exhered. liberor.* hingegen kan ein Soldat ſeine Kinder entweder enterben, oder übergehen, §. 6. *Inſt. de exhered. liberor.* L. 10. *Cod. h. t.* c) Ein paganus, wenn er ein Teſtament gemacht hat, und hernach verſtirbet, aber eine ſchwangere Frau nach ſich läßt, hat vergeblich teſtiret, wenn ein poſtumus oder poſtuma zur Welt geboren wird, denn ſie rumpiren das väterliche Teſtament, (§. 572. I.) hingegen ein teſtamentum militis wird nicht rumpirt, wenn auch gleich nach Abſterben des teſtatoris ein poſtumus oder poſtuma ſolte geboren werden. L. 7. 8. D. *h. t.* d) Wenn ein pater paganus ſeinen Sohn oder Tochter ohne rechtmäßige und hinlängliche Urſache enterbet hat, ſo wird das Teſtament per querelam inofficioſi teſtamenti zerriſſen. (§ 581.) Ebener maſſen findet dieſes ſtatt, wenn die Eltern von den Kindern übergangen oder unrechtmäßiger Weiſe enterbet worden: oder die Brüder und Schweſtern übergangen ſind, und eine perſona turpis zum Erben eingeſetzet worden (*ibid.*). Hingegen ein teſtamentum militare kan per querelam inofficioſi teſtamenti nicht reſcindirt werden, es mögen nun die Kinder oder Eltern, oder Brüder und Schweſtern ſeyn übergangen oder enterbet worden. L. 29. §. *ult.* D. *h. t.* e) Bei einem paganno hieß es, nemo pro parte poteſt teſtatus & pro parte inteſtatus decedere, (§. 491. III.) auſſer in einem einzigen Falle, wenn einer zwei teſtamenta gemacht hat, welche nach ſeinem Tode gefunden wurden, und da in keinen von beiden das Jahr und Tag ausgedrücket worden, oder beide an einem Tage gemacht ſind. Weil alsdenn unbekannt iſt, welches Teſtament eher oder ſpäter gemacht worden: ſo kan aus allen beiden die bonorum poſſeſſio gegeben werden. Hingegen bei einem Soldaten kan obige Regel nicht ſtatt finden, is enim poteſt pro parte teſtatus pro parte inteſtatus decedere. e. gr. Si tantum ex fundo heredem ſcripſerit, & quantum ad reſiduum patrimonium inteſtatus deceſſerit, tamen ratum eſt eius teſtamentum, L. 6. L. 15. §. 1. L. 37. D. *h. t.* f) Ein paganus konte keinen Erben im Codicill einſetzen, ſondern es muſte in einem ſolennen Teſtament geſchehen (§. 682 II.) Denn die codicilli ſind nicht wegen Einſetzung der Erben, ſondern wegen der Vermächtniſſe und fideicommiſſe erfunden worden (*ibid.* III.). Aber ein Soldat, welcher ein Codicill macht, kan auch darin einen Erben einſetzen L. 36. *princ. D. h. t.* g) Denn paganis iſt nur die ſubſtitutio pupillaris erlaubet, da die Eltern ihren unmündigen Kindern einen Erben auf den Fall ſetzen können, wenn die Kinder in den Jahren ihrer Unmündigkeit verſterben werden (§. 561. V.). Aber ein Soldat kan pupillariter ſubſtituiren, und auch auf den Fall, wenn der Sohn als pubes verſterben wird, und iſt auch ſonſt

an

an keine Regel, die zu der ſubſtitution gehöret, gebunden. L. 5. L. 15. § 5. L. 28. D. *h. t.* h) Wenn ein paganus die Erbſchaft durch die vielen Vermächtniſſe dergeſtalt erſchöpfft hat, daß dem Erben nicht einmal quarta pars hereditatis ſalva iſt: ſo ſtehet dem Erben nach dem Lege Falcidia frei, einem ieden legatario ſo viel abzuziehen, daß er den vierten Theil in ſalvo behält (§. 650.). Allein ein Erbe, welcher von einem Soldaten eingeſetzet worden, kan keine quartam falcidiam abziehen, ſondern muß alle legata zahlen, ſolten dieſelben auch ſubſtantiam omnium bonorum exhauriren. L. 17. §. *ult.* D. L. 12. *Cod. h. t.*

§. 404. Da nun ſo gar die ſolemnitates internæ den Soldaten bei ihren Teſtamenten remittirt ſind: ſo können ſie noch vielweniger an diejenigen Geſätze gebunden werden, welche ſo viele ſolemnitates externas erfordern. Wenn dahero α) ein Soldat ein ſchriftliches Teſtament macht, ſo werden dazu gar keine Zeugen erfordert, es iſt keine rogatio derſelben nöthig, und wenn ja welche gebraucht werden, ſo wird alsdenn nicht gefraget, an habiles ſint, & cum iis ſit teſtamentifactio: ſondern es iſt genug, wenn das Teſtament gefunden wird, und man weiß gewiß, daß es der Soldat geſchrieben, oder doch zum wenigſten ſolches mit ſeiner Unterſchrift beſtättiget hat, L. 40. *princ.* D. *h. t.* Darüber aber entſtehet eine Frage: an illud teſtamentum valere dicatur, quod miles vulneratus litteris ſanguine ſuo rutilantibus vaginæ gladii ſui vel gladio arenæ inſcripſerit. L. 15. *Cod. h. t.* β) Wenn ein Soldat ein teſtamentum nuncupativum machen will: ſo iſt es genug, wenn er zwei Zeugen dazu brauchet, welche nicht ſolemnitatis cauſſa, ſed probationis ergo dazu gezogen werden, damit man wiſſen möge, daß der Soldat auf dieſe Art von ſeinen Sachen diſponirt habe. HOTOMANNVS *ad* §. 1. *Inſt. h. t.* Denn ſo oft in unſern Rechten die Frage nicht von den Solennitäten, ſondern von dem Beweiſe iſt: ſo ſind zween Zeugen genug, welche einen vollen Beweiß ausmachen. L. 12. D. *de teſtam.* Und eben dieſes zeiget der Keiſer *Traianus* in dem ſchönen Reſcript, welches in §. 1. *Inſt. h. t.* ſtehet, an, alwo er ſaget, voluntatem a milite nuncupandam eſſe convocatis ad hoc hominibus. Weil nun aber dieſe Leute nicht ſolemnitatis, ſondern probationis cauſſa dazu gezogen werden: ſo erhellet von ſelbſt daraus, illos non eſſe ſolemniter rogandos, ut in teſtamento militis teſtentur, ceu in paganorum teſtamentis id fieri oportebat. (§. 495.) γ) Es iſt alſo nur ein einziges requiſitum des militariſchen Teſtaments, nemlich daß man wiſſe, militem animo deliberato, non ſermone fortuito hæc dixiſſe. Denn wenner, wie es öfters zu geſchehen pfleget, ſolte geſchertzet, und geſaget haben: du mein lieber Cammerad ſolſt mein Erbe ſeyn, ſo würde dieſe nuncupatio keine Gültigkeit haben, §. 1. *Inſt. h. t.* welchen Text ich gantz nachzuleſen recommendiren will.

§. 505. Nunmehro wird gefraget, quibusnam hoc privilegium inſigne conceſſum ſit? Wir antworten darauf, daß ſolches ex ratione privilegii leichtlich zu urtheilen ſey. Wenn denen Soldaten dergleichen privilegium ob ſimplicitatem wäre gegeben worden: ſo müſte daſſelbe nur blos auf die milites gregarios gehen, wie wir ſchon oben (§. 502.) geſaget haben. Denn ob es gleich leichtlich hat geſchehen können, daß der Keiſer *Domitianus* im Anfang dieſes privilegium den Soldaten ob ſimplicitatem ertheilet hat, L. 1. §. 1. D. *h. t.* welches auch nachhero der Keiſer *Antoninus* gethan: L. 4. *Cod. h. t.* ſo iſt doch dieſes nicht die eintzige Urſache geweſen, ſondern es hat ſie vornemlich die gegenwärtige Gefahr der Soldaten, welche in Krieg gehen, dazu bewogen, welche nicht leidet, daß die Soldaten auf Solennitäten bei Teſtamenten gedencken können. Und dieſe Urſache wird ſchön ausgedrücket in L. *un. princ.* D. *de bonor poſſeſſ. ex teſtament. militar. Non dubium eſt, quin ratæ debeant eſſe voluntates eorum, qui in hoſtico loco ſuprema iudicia ſua quoquo modo ordinaſſent, ibique diem ſuam obiiſſent.* Et paulo poſt additur: *etiam præſidem provinciæ aliarque perſonas in exercitu poſſe teſtari militariter, quia & ipſi in procinctu verſentur & eadem pericula experiantur.* Dieſes iſt die wahrhafte und geſchicklichſte Urſache dieſes privilegii, welche unter den Gloſſatoribus ſchon DECIVS, aus den neuern Rechtsgelehrten aber ARNOLDVS VINNIVS *ad princ. Inſtitut. h. t.* p. 310. edit. noviſſ. eingeſehen haben. Und aus dieſer gegebenen Urſache iſt es nun gar leichte, obige Frage zu beantworten, quibusnam hoc privilegium inſigne competat? Wir antworten darauf: Es haben ſich dieſes privilegii alle diejenigen zu erfreuen, welche in hoſtico loco, und derjenigen Gefahr ausgeſetzet ſind, welche den Soldaten bevorſtehet, §. 1. *Inſt. h. t.* z. E. Præſides provinciarum eorumque legati, ſi in caſtris vel acie reperiantur L. 44. D. *h. t.* L. *un. princ.* D. *de bonor. poſſeſſ. ex teſtam. militar.* etiam Navarchi Claſſici, Nautæ, Vigiles Novitii, qui nondum in numeros relati ſunt. Heut zu Tage bei uns gehören dazu Concionatores (Feld-Prediger), Medici (Feld-Aertzte), Chirurgi (Feldſcherer), Manſionarii (Regiments-Quartiermeiſter), Prætores caſtrenſes (Auditeurs), Quæſtores (Krieges-Commiſſarii), Legati a republica miſſi (Deputirte zu Felde), immo & Coqui & mercatores caſtrenſes (Marquetender), & alii, qui gelidi martis caſtra ſequuntur. Dieſes aber iſt das wunderwürdigſte, daß auch ein Tauber und Stummer ein teſtamentum militare machen kan, L. 4. D. *h. t.* Darüber halten ſich einige auf, welche ſagen, wie wollen taube und ſtumme Leute Soldaten ſeyn? wie können dieſelbe ihre Willens-Meinungen wohl zu Tage legen? Allein man hat gar keine Urſache darüber zu ſcrupuliren. Taube und ſtumme Leute können nicht zu Soldaten gemacht werden, aber wenn Soldaten in einer Bataille verwundet werden, und durch dieſe Verwundung den

Ge-

Gebrauch der Zunge und des Gehörs verlieren: ſo hören ſie deswegen gar nicht auf Soldaten zu ſeyn, als bis ſie erſt ihren Abſchied erhalten haben. Und dahero können die Soldaten teſtamenta machen, wenn ſie nur im Stand ſind, ihre wahre Willens-Meinung an den Tag zu legen.

§. 506. Sodann erhellet auch aus eben der angegebenen Urſache dieſes privilegii, zu welcher Zeit ſich die Soldaten dieſes privilegii bedienen können? Die Gloſſe macht in Beantwortung dieſer Frage folgenden Unterſchied: ſintne milites in acie conſtituti, an in caſtris, an in præſidiis degant. Im erſten Fall, wenn die Soldaten in den Treffen begriffen ſind, ſo bedürffen ſie keiner Zeugen, im andern Falle, wenn ſie im Lager ſtehen, werden zween Zeugen erfordert: und im dritten Falle, wenn die Soldaten in Garniſon liegen, müſſen ſie alle Solennitäten beobachten. Dieſes iſt die Meinung der Gloſſe. Nun ſagte man ehemals: ein Quentlein Gloſſe iſt beſſer, als ein Centner Text. Und daher hat auch der Keiſer *Maximilianus* in der Notariats-Ordnung vom Jahr 1512. Tit. von Teſtamenten §. 2. Und ſollen, dieſe Meinung beſtättiget. Allein nach den Römſchen Rechten iſt es gantz falſch, und daſſelbe weiß nichts von dem von dem Gloſſatore angeführten dreifachen Unterſchied. Denn die Soldaten mögen im Heerzuge begriffen ſeyn, oder in Lagern ſtehen: ſo können ſie ſich allezeit dieſes privilegii bedienen. Liegen ſie aber in Garniſon, oder ſind ſie in den Winter Quartieren: ſo richten ſie ſich nach den ordentlichen Rechten, und müſſen, wenn ſie Teſtamente machen wollen, alle gewöhnliche Solennitäten beobachten, weil ſie alsdann extra periculum imminentis mortis ſind, adeoque ceſſante tunc privilegii cauſſa, & ipſum privilegium ceſſare debet, wie dieſes der gelehrte VIGLIVS ZVICHEMVS *ad §. 1. Inſtitut. h. t.* p. 83. ſeqq. wohl angemercket hat. Alſo können die Soldaten, wenn ſie auſſer Gefahr ſind, kein teſtamentum militare machen, ſondern müſſen ſich in Teſtamenten nach den gemeinen Rechten richten, und können ſich alſo des privilegii nicht bedienen. Aber wie wird es alsdenn gehalten, wenn ein Soldat auf dem Heerzuge ein Teſtament gemachet hat, und aus dem Kriege glücklich wieder zurücke kömmt, verlieret alsdenn nach weggefallener Gefahr das Teſtament ſeine Gültigkeit? Wir antworten darauf, wenn er ein Soldat bleibet, ſo muß man hier auf einen gewiſſen Unterſchied wohl Achtung geben. Nemlich es iſt die miſſio vel honeſta, quæ fit ſtipendiis exactis; vel cauſſaria, quæ fit propter vulnera & inhabilitatem ſuperuenientem, ut militiæ non magis aptus ſit: & ignominioſa, quæ fit propter crimen aliquod famoſum. Iſt nun die miſſio entweder honeſta oder cauſſaria, ſo gilt das Teſtament noch Jahr und Tag, von der Zeit des erhaltenen Abſchieds an gerechnet, und wenn der teſtator binnen dieſer Zeit verſtirbt, ſo können die eingeſetzten Erben aus dieſem Teſtament

die Erbſchaft überkommen, L. 26 *princ.* D. *h. t.* So behält auch dergleichen Teſtament ſeine Gültigkeit, wenn einer cauſſariam oder honeſtam miſſionem erhalten hat, und binnen Jahres-Friſt den Soldaten Stand wieder erwehlet, L. 38. § 1. D. *h. t.* Wenn aber einer ignominioſam miſſionem erhalten hat: ſo gilt deſſen Teſtament nicht einmal dieſes Jahr, ſondern es verlieret ſo gleich ſeine Gültigkeit, ſo bald als die miſſio iſt ertheilet worden, L. 26. *princ.* D. *h. t.*

§. 507. Wir haben bishero die Lehren der Römiſchen Rechte von den militariſchen Teſtamenten betrachtet: ietzo iſt nur noch eine eintzige Frage übrig, welche wir nur deswegen erörtern wollen, damit niemand in Irthum möge verführet werden. Wir haben nemlich oben §. 478. II.) erinnert, daß ein filius familias in peculio caſtrenſi dergeſtalt pro patre familias gehalten werde, daß er auch von dieſem peculio ein Teſtament machen könne, welches ſonſt den filiis familias nicht erlaubet wird. (§. 415. IV.) Wenn nun alſo der filius familias das Recht hat, daß er von dem peculio caſtrenſi ein Teſtament machen kan, ſo wird gefraget: ob er auch das privilegium habe, daß er nach militariſcher Weiſe teſtiren könne? Die Antwort fällt verneinend aus. Denn er kan zwar als ein Soldat ein Teſtament machen, aber nicht auf eben die Art, als ein Soldat daſſelbe verfertigen darf, ſondern er muß billig alle Solennitäten, welche von uns oben beſchrieben worden, dabei gebrauchen, L. *ult. Cod. de inoffic. teſtam.* Die Urſache iſt von dem privilegio, welches den Soldaten ertheilet worden, herzuholen, und da haben wir erinnert, daß die cauſſa huius privilegii imminens periculum ſey. Wenn nun aber ein filiusfamilias ein Teſtament von dem peculio caſtrenſi oder quaſi caſtrenſi machet: ſo iſt nicht allezeit eine Gefahr vorhanden, welche ihn dazu antreiben könne. Dahero kan und muß ein ſolcher ein ſolennes Teſtament machen; wenn er aber ein Soldat, und im Heerzug begriffen iſt, oder mit in dem Lager ſtehet: ſo iſt kein Zweifel, daß er nicht ſich eben der Freiheiten der andern Soldaten ſolte erfreuen können.

§. 508. Damit wir nun endlich zu dem Ende kommen: ſo wollen wir nach unſerer Weiſe ausfündig machen, ob dieſes privilegium den Soldaten noch heut zu Tage zuſtehe? Wir antworten darauf, daß ſolches ſich heut zu Tage noch allerdings alſo verhalte: und da bringet der Herr HVBER *in Prælect. ad Pandect h. t.* davon Exempel bei, welche auf Frießland gehen. In Teutſchland haben wir die Conſtitution des Keiſers *Maximiliani* I. vom Jahr 1512. welche doch von den Römiſchen Rechten darin abweichet, daß dieſelbe auf dem Heerzuge keine, und in dem Lager zwei Zeugen erfordert. Allein daß ſich der Keiſer *Maximilianus* durch die Gloſſe habe verführen laſſen, ſolches iſt oben (§. 506.) erinnert worden.

§. 509.

§. 509. Bishero haben wir von der erſten Art der privilegirten Teſtamente, nemlich *de militari* geredet: wir kommen nunmehro auf die zweite Art der Teſtamente, nemlich diejenigen, welche Eltern unter ihren Kindern machen. Wir verſtehen unter den Eltern nicht allein den Vater, ſondern auch die Mutter, ja auch den Groß-Vater und die Groß-Mutter. Wenn dieſe unter ihren Kindern einen letzten Willen machen, ſo thun ſie ſolches entweder ſchriftlich oder mündlich. Wenn ſie es ſchriftlich thun, ſo werden weder Zeugen, noch ſonſt einige Solennitäten dabei erfordert, wenn ſie nur α) das Teſtament ſelbſt geſchrieben, oder doch zum wenigſten unterſchrieben haben; β) Jahr, Monat und Tag angemercket worden, und γ) die uncіæ, ex quibus heredes inſtituant liberos ausgedrücket ſind, und zwar nicht mit Zeichen, ſondern mit Buchſtaben, welches in *Nov.* 107. c. 1. ausdrücklich erfordert wird. Wenn aber die Eltern ihren letzten Willen per nuncupationem d. i. mündlich an den Tag legen, wie es unter ihren Kindern ſoll gehalten werden: ſo lehret die Sache von ſelbſt, daß dabei Zeugen ſeyn müſſen, welche beſtättigen können, daß ſie dieſen ihren letzten Willen vernommen haben. Da nun aber auch dieſe Zeugen nicht ſolemnitatis, ſondern probationis cauſſa dazu gezogen werden, ſo ſind zween genug, wie wir oben (§. 504.) angemercket haben *arg.* L. 12. D. *de teſtament.* Es iſt aber hierbei wohl zu mercken, daß die Eltern dieſes privilegii in Anſehung der Kinder ſich zu erfreuen haben. Wenn dahero einer unter ſeinen Kindern eine teſtamentariſche Diſpoſition in Schriften machet, und in eben demſelben Teſtament zugleich ſeine Frau, ſeinen Bruder, und ſeines Vaters-Bruder zum Erben einſetzet oder legata vermachet: ſo wird dergleichen Teſtament zwar in Anſehung der Kinder ſeine Gültigkeit haben, aber in Anſehung anderer Perſonen kan man es nicht für gültig paſſiren laſſen. Dieſes wird deutlich und klar in *Nov.* 107. c. 1. eingeſchärffet, alwo geſaget wird, wenn der Vater in eben demſelben Teſtament legata vermachen will, ſolches vor Zeugen geſchehen müſſe. Und ob ſich gleich in *Authent. quod ſine, Cod. de teſtament.* welche aus angeführter *Novella* genommen iſt, eine andere Verordnung findet: ſo kehren wir uns doch daran ſehr wenig, weil wir oben (§ 16. V.) errinnert haben, daß die *Authenticæ* kein Anſehen haben, wenn ſie von demjenigen abgehen, woraus ſie genommen ſind.

§. 510. Die übrigen teſtamenta privilegiata können nunmehro mit leichterer Mühe erwogen werden. Das nächſte iſt teſtamentum tempore peſtis conditum, bei welchen wir ein einziges axioma zu mercken haben. In eo omnes ſolemnitates eſſe obſervandas, præterquam quod ſola unitas contextus remiſſa ſit, L. 8. *Cod de teſtament.* Da nun bei ſolchen traurigen Zeitläuften die Leute in ſolchen Furchten ſtehen, daß nicht zu vermuthen iſt, daß ſieben

Leu-

Leute zu Zeugen an einen Ort können gebracht werden: ſo wird zugeſtanden, daß wenn der teſtator heute zween Zeugen, morgen drei, und übermorgen wieder zween gebeten hat zu unterſchreiben, ſolches Teſtament alsdenn eben ſo gültig ſeyn ſolle, als wenn dieſe ſieben Zeugen an dem Ort zu gleicher Zeit gegenwärtig geweſen, und alles auf einmal verrichtet worden. Hierbei aber werfen die Rechtsgelehrten die Frage auf, ob auch dergleichen Teſtament, wenn die Gefahr vor der Peſt hinwegfällt, dennoch gültig bleibe? Dieſe Frage muß verneinet werden, weil auch bei einem militariſchen Teſtament, welches doch ebenfalls privilegirt iſt, die Gültigkeit hinwegfällt, wenn die Gefahr vorüber gegangen: (§. 506.) ubi vero eadem eſt ratio, ibi eadem eſt iuris diſpoſitio. Daher die Rechtsgelehrten daraus ſchlieſſen, daß dergleichen Teſtament ceſſante periculo nicht mehr gültig ſey.

§. 511. Unter die teſtamenta privilegiata werden auch gezählet teſtamenta ruri condita. Denn dergleichen Teſtamente gelten, α) wenn einer nicht ſieben Zeugen haben können, und nur fünfe derſelben dazu erbeten worden: β) wenn einer von den Zeugen nicht ſchreiben kan, läſſet man auch geſchehen, daß ein anderer an ſeine ſtatt unterſchreibe. Und da haben wir oben (§. 497.) geſehen, daß ſich dieſes bei dem teſtamento ſolemni gantz anders verhalte, L. *ult. Cod. de teſtam.* Hierbei aber muß die Frage erörtert werden, wie es alsdenn gehalten werde, wenn welche ſich finden, die ein ſolches Teſtament umſtoſſen wollen, und vorgeben, daß einer mehr Zeugen habe erbitten können, weil das Dorf groß ſey, und mehr als viertzig Bauern darin wohnen? Wir antworten darauf, daß derjenige, welcher ſich darin gründet, ſolches beweiſen müſſe, weil hier die Vermuthung iſt, daß man in dem Dorfe nicht ſieben Zeugen habe finden können. Es iſt auch nicht genug, wenn derjenige, welcher das Teſtament umſtoſſen will, ſaget, es wohnen vierzig Bauren im Dorfe. Denn es muß hier nothwendig bewieſen werden, daß dieſelben zu der Zeit, da das Teſtament verfertiget worden, zu Hauſe geweſen ſind, und alſo haben können erbeten werden: denn es iſt bekannt, daß die Bauern bald in den Städten, bald in dem Felde ſind, und ſich alſo, auſſer im Winter, gar ſelten zu Hauſe befinden. Im übrigen erhellet auch aus dieſer Urſache, daß dieſes privilegium nicht allein den Bauern zu ſtatten komme; ſondern auch andere Leute, welche auf den Dörfern wohnen, z. E. Edelleute, Prediger, u. d. m. ſich dieſes privilegii zu erfreuen haben. Und deswegen haben wir dieſes Teſtament nicht, wie es mehrentheils geſchiehet, teſtamentum ruſticorum genennet, ſondern vielmehr teſtamentum ruri conditum.

§. 512. Die Rechtsgelehrten bringen noch einige Exempel von teſtamentis privilegiatis bei, welche wir hier in ein Bündel zuſammen faſſen wollen.

Da-

Dahin rechnen ſie die Teſtamente, welche den Landesfürſten übergeben werden; teſtamenta actis inſinuata, aut coram iudice confecta, vel publica. Quia enim hæc teſtamenta publica fide ſuſtinentur, hinc ea nihil ſolemnitatis indigere iam ſupra monuimus (§. 500.) L. 19. *Cod. de teſtam.* So wird auch dahin gezehlet, teſtamentum poſterius imperfectum, quo heredes ab inteſtato priori præteriti ad ſucceſſionem vocantur. Denn obgleich das erſte Teſtament zu Recht beſtändig iſt, niſi poſteriori æqui perfecto rumpatur, (§. 573. 2) quum nihil ſit tam naturale, quam eo iure quidque diſſolvi, quo colligatum eſt, L. 35. D. *de regul. iur.* Nichts deſtoweniger, weil der favor ſucceſſionis ab inteſtato ſo groß iſt: ſo erlauben die Geſätze, daß das letzte unvollkommene Teſtament das erſte vollkommene aufhebe, wenn den heredibus ab inteſtato in demſelben die Succeſſion zugeſtanden wird. L. 21. §. *penult. Cod. de teſtam.* Endlich bringen ſie auch hieher das teſtamentum ad pias cauſſas. Piæ cauſſæ ſind Kirchen, Arme, Gefangene, Schulen, Geiſtliche ꝛc. dieſen allen iſt nach den Römiſchen Rechten nichts gegeben worden: allein die Römiſchen Päbſte, welche den milden Sachen gar ſehr favoriſirt haben, haben dieſe Art von Teſtamenten von allen Solennitäten frei erkläret, und dieſelben gültig geheiſſen, wenn nur der Wille des teſtatoris kan erwieſen werden. Die Urſache davon iſt nicht ſchwer zu finden, und von uns ſchon oben (§. 500.) angeführet worden: jetzo mercken wir noch an, daß der Haupt-Sitz dieſer Verordnung in c. 2. X. *de teſtamentis* anzutreffen. Siehe RECHENBERGII Diſſ. *de impietate cauſſarum piarum.* Es iſt alſo dieſes alles von den piis cauſſis iuris canonici zu verſtehen; denn die piæ cauſſæ iuris civilis gehören nicht hieher, z. E. dos, refectio mœnium, viarum, pontium, dieſe haben nicht dergleichen Privilegium.

Tit. XII.

Quibus non eſt permiſſum facere teſtamentum.

§. 513.

In den vorhergehenden Titeln iſt von der Weiſe, wie ſowol die teſtamenta ſolemnia, als auch die privilegiata gemacht werden, gehandelt worden; jetzo kömmt hier die Frage vor von den Perſonen, welche entweder teſtamenta machen können, oder welchen dieſes verboten iſt, von welchen in gegenwärtigen Titel geredet wird. Hernach wollen wir von dem folgenden Titel bis zum ſiebenzehenten von den Perſonen reden, welche zu Erben können eingeſetzet werden, oder nicht. Was die Perſonen der teſtatorum betrift, ſo haben wir von denſelben folgendes axioma gegeben: Teſtamenta

condere poſſunt omnes, qui non prohibentur. Damit es aber nicht das Anſehen gewinnen möge, als ob wie idem per idem erklären: ſo haben wir dieſe Haupt-Regel in drei andere zertheilet: 1) teſtamentifactio eſt iuris civilis Romani, welches ſchon oben (§. 484.) demonſtrirt worden iſt. 2) Teſtamentifactio tantum patribus familias conceſſa eſt: daß dieſes aus den LL. XII. *Tabb.* herkomme, ſolches haben wir oben (§ 487.) erwieſen. 3) Teſtamentum eſt iuſta animi noſtri vel voluntatis noſtræ ſententia: und auch dieſes iſt oben bei Erklärung der definition von uns dargethan worden (§. 490.).

§. 514. Das erſte axioma war alſo: teſtamentifactio eſt iuris civilis Romani. Hier möchte einer einwenden, die teſtamentifactio iſt ja iuris gentium. Allein die Antwort darauf iſt leichte, und darf nicht erſt weit hergeholet werden. Viele Völcker auſſer den Römern pflegten Teſtamente zu machen, welches man vornemlich an den Athenienſern erſehen kan. MEVRSIVS *in Themide Attica, lib.* II, c. 13. Allein wir reden hier von ſolchen Teſtamenten, welche wir nach den Römiſchen Rechten beſchrieben haben: dieſe aber ſind nicht iuris gentium, ſondern iuris civilis Romani, aus welchen dieſelben allein, nicht aber aus der geſunden Vernunft, noch aus den inſtitutis anderer Völcker, nebſt dem dazu gehörigen Solennitäten herflieſſen. Da nun die teſtamentifactio iuris civilis iſt: ſo folget daraus, daß a) die Knechte keine teſtamenta machen können, als welche nach den Römiſchen Rechten weder Perſonen noch Bürger waren, L. 19. D. *qui teſt. fac poſſ.* Und worüber ſolten auch die Knechte teſtamenta machen? Du ſagſt, vielleicht von dem peculio. Aber alle peculia der Knechte ſind profectitia (§. 420. *in not.*): daher iſt das Eigenthum derſelben bei dem Herrn, und können folglich die Knechte nicht de re aliena teſtiren. Es ſtehet zwar eine Stelle bei PLINIO lib. VIII. ep 16. woraus man auf die Gedancken gerathen möchte, als ob die Knechte hätten können Teſtamente machen. Plinius ſaget: *permitto ſervis quoque quaſi teſtamenta facere, eaque, vt legitima, cuſtodio. Mandant rogantque quod viſum pareo eius: ſuis dividunt, donant; relinquunt duntaxat intra domum. Nam ſervis reſpublica quædam & quaſi civitas domus eſt.* Allein dieſes war keine eigentliche teſtamentifactio, und war dergleichen letzter Wille eines Knechts nicht gültig nach den Römiſchen Rechten, ſondern weil es PLINIVS als Herr geſchehen ließ, und dazu ſeinen Willen gab. Aus eben dieſem axiomate flieſſet ferner b) daß die von den Feinden gefangene Perſonen keine Teſtamente machen konten, weil dieſelben dadurch in die Knechtſchaft kamen, nach Inhalt der Römiſchen Rechte (§. 82). Wenn ſie aber teſtamenta vorher gemachet hatten, und hernach den Feinde in die Hände geriethen, und bei demſelben verſtarben: ſo galt dergleichen Teſtament ex lege Cornelia, welcher fingirte, als ob derjenige, welcher bei den Feinden

worden

verſtorben, in der Stadt verſchieden wäre. Wenn aber einer gefangen worden, und vorher ein Teſtament gemacht hatte, nachhero aber wieder aus der Gefangenſchaft zurücke gekommen war: ſo galt dieſes Teſtament iure poſtliminii, welches ſo gute, daß derjenige, welcher aus der Gefangenſchaft wieder zurücke gekommen, dafür gehalten werde, als ob er niemals in der Gefangenſchaft geweſen wäre. Endlich wenn einer nicht zu Hauſe, ſondern bei den Feinden ein Teſtament gemachet hatte: ſo wurde dafür gehalten, daß ſolches von einem Knechte verfertiget worden, und konte auch nicht einmal gelten, wenn gleich der teſtator aus der Gefangenſchaft wieder nach Hauſe kam, L. 8. *princ.* D. *qui teſtam fac. poſſ* §. *ult. Inſt. h. t.* Aus eben dieſem axiomate ſchlieſſen wir, c) daß die peregrini keine teſtamenta machen können. Da nun auch die deportati ad peregrinitatem gebracht wurden, und auch diejenigen, quibus aqua & igne interdictum erat: ſo erhellet daraus, daß auch dieſelben keine Teſtamente machen können. L. 8. §. 1. D. *eod.* Allein es iſt dieſes allein von dem iure civili Romanorum zu verſtehen. Denn die Athenienſer machten auch Teſtamente iure Attico & patrio, ob dieſelben gleich keine Römiſchen Bürger waren. Denn man muß nicht etwa meinen, als ob die Römiſchen Bürger allein, und nicht auch andere Völcker hätten Teſtamente machen können.

§. 515. Diejenigen, von welchen wir kurtz vorher (§. 514.) geſaget haben, daß ſie keine Teſtamente machen können, waren des iuris publici der Römer nicht theilhaftig. Jetzo folget das zweite axioma, teſtamenti factio tantum patribus familias conceſſa eſt, als welchen allein die LL. XII. *Tabb.* dieſe Befugnis zugeſtanden haben (§. 487). Derohalben kan man leicht die Urſache einſehen, *a*) warum die filii familias keine Teſtamente machen können; wie denn auch ſolches nicht einmal mit Erlaubnis des Vaters anging, als welcher nichts, welches dem iure publico Romanorum entgegen war, verhängen konte. L. 6. *princ.* D. *h. t.* Hiervon aber war das peculium caſtrenſe und quaſi caſtrenſe ausgenommen, in welchen, wie wir oben erinnert haben, ein filius familias pro patre familias gehalten wurde. Wie aber verhält ſich die Sache in peculio adventitio, weil in demſelben das Eigenthum gleichfals dem Sohne zuſtehet? Wir antworten darauf, daß ein Sohn von dem peculio adventitio kein Teſtament machen könne, weil er in demſelben nicht pro patre familias gehalten wird, L. *penult. Cod. qui teſtam. fac. poſſ* als welchen die LL. XII. Tabb ſolches allein erlaubeten. Aus eben dieſem axiomate erhellet, *β*) warum das Teſtamentum eines patris familias irritum werde, welcher ſich nach Verfertigung deſſelben adrogiren laſſen. Denn weil er dadurch ſogleich ein filius familias wird, res redit in eum caſum, a quo incipere non poteſt. Bei dieſer Gelegenheit hat der fürtrefliche Rechts-

gelehrte EMVNDVS MERILLIVS *lib IX. Obſervat.* c. 69. *lib. III.* c. 39. die ſchöne Frage aufgeworfen: ob auch die Frauens-Perſonen teſtamenta haben machen können? Und da behauptet er die beſondere Meinung, daß dem Frauenzimmer erlaubet geweſen, zu teſtiren, und zwar nur nuncupative, nicht aber in ſcriptis, welches er aus dem L. 77. § 74. D. *de Legatis II.* zu beweiſen ſuchet. Es ſchlieſſet alſo dieſer groſſe Rechtsgelehrte aus angeführten Text, daß eine Frauens-Perſon nicht ohne Gefahr habe ein Teſtament machen können, weil ſie allezeit den Erben habe öffentlich nennen müſſen, und alſo deſſen hinterliſtige Nachſtellungen wäre ausgeſetzet geweſen. Allein die wahre Urſache iſt dieſem gelehrten Manne unbekannt geweſen, wie wir ſolches in unſerm *Commentario ad Leg. Iul. & Pap. Popp. lib.* II. c. XI. p. 240. umſtändlich gezeiget haben.

§. 516. Wir kommen nun auf ein neues axioma, teſtamentum eſt iuſta animi noſtri vel voluntaris noſtræ ſententia (§. 490.). Aus demſelben flieſſet von ſelbſt, 1) daß die furioſi & mente capti keine Teſtamente machen können, als welche nicht verſtehen, was ſie haben wollen. Aber wie wird es alsdenn gehalten, wenn dieſe Leute dilucida furoris intervalla haben? Darauf antworten wir, daß ihnen nichts im Wege ſtehe, Teſtamente zu machen, §. 1. *Inſt. h. t.* L. 9 *Cod. qui teſtam. fac. poſſ.* modo furor non lateat ſub ſpecie inumbratæ quietis: L. 18 §. 1. D. *de adquir. vel amitt. poſſeſſ.* Wenn man zweifelhaftig iſt, ob einer bei Verſtande, oder deſſelben beraubet ſey: ſo muß man dieſes aus dem Inhalt des Teſtaments beurtheilen, ob nemlich ein ſolcher darin klüglich oder närriſch verfahren habe. Von dieſer Sache findet man ein beſonder Exempel des *Tuditani* bei VALERIO MAXIMO *lib VII.* c. 5. Von dergleichen Korn und Schrot ſind 2) die prodigi, welche durch alle unſere Rechte den furioſis gleichgehalten werden: L. 9. §. 7. D. *de reb. credit.* L. 12. D. *de curat. & tut. dat.* ob dieſelben gleich bei Verſtande ſind. Es iſt aber dieſes zu verſtehen von der Zeit, da ihnen die Verwaltung ihrer Güter iſt unterſaget worden. Denn wenn ſie vor dieſer Unterſagung ein Teſtament gemachet haben: ſo iſt kein Zweifel, daß daſſelbe gelten muß, L. 18. D. *h. t.* Gemeiniglich wird auch behauptet, daß ein teſtamentum a prodigo conditum gültig ſey, ſi bene conſulat poſteritati, i. e. ſi eos inſtituat in teſtamento ſuo heredes, qui alioquin ab inteſtato fuiſſent ſucceſſuri. Allein unſere Rechte wiſſen davon nichts, und die *Novella Leonis* LXXXIX. hat in unſern foris kein Anſehen, wie wir dieſes oben (§. 17. VIII.) gezeiget haben. Es können aber auch 3), wie aus dem axiomate erhellet, die impuberes keine Teſtamente machen. Denn obgleich zuweilen einige gefunden werden, quibus ſapientia ante pilos eſt: ſo kan man doch von dieſem oder jenem Falle kein Recht machen. L. 4. D. *de Legibus.*

§. 517.

§. 517. 518. Aus eben dieſem axiomate können wir leicht verſtehen, in wie weit ein Leibes-Gebrechen einem an Verfertigung eines Teſtaments verhindern könne. Wenn es taube und ſtumme Perſonen ſind, und dieſe Gebrechen ſind zugleich zuſammen: ſo iſt kein Zweifel, daß dieſelben keine Teſtamente machen können, weil ſie von den mente captis gar wenig unterſchieden ſind. Anders verhält ſich die Sache, wenn dieſe Gebrechen nicht bei einander ſind. Denn ein Stummer kan ſchriftlich, und ein Tauber mündlich ſeinen Willen zu Tage legen, wie dieſes alles die Erfahrung lehret. Noch vielweniger kan den Blinden die Befugniß zu teſtiren entzogen werden: obgleich gewiß iſt, daß bei ſolchen Leuten viele Betriegerien mit können unterlauffen. Doch iſt ein Teſtament eines Blinden von gar beſonderer Art. Denn ein Blinder kan nur a) nuncupative teſtiren; und die nuncupatio muß b) von dem Notario ſogleich ſchriftlich verfaſſet werden. So muß auch c) der achte Zeuge dazu genommen werden, und man muß d) dem Blinden die Schrift vorleſen, wobei zugleich die Zeugen hinein ſehen, und forſchen, ob alles ſo geſchrieben ſey, wie es der teſtator verlanget hat: oder ob etwas anders geſchrieben worden, und anders geleſen werde. e) Ein Blinder kan nicht allein den Erben mit Namen benennen, ſondern kan ſolches auch per circumſcriptionem thun, damit er nicht etwa in der Perſon irren möge. Endlich f) muß dazu kommen, daß ſich die Zeugen unterſchreiben und unterſiegeln, welches alles deutlich in L. 8. *Cod. qui teſtam. fac. poſſ.* erkläret wird, welcher mit allen Fleiß muß durchleſen werden, als in welchen der eigentliche Grund dieſer Lehre enthalten iſt.

§. 519. Es ſind noch einige Perſonen übrig, welchen in pœnam nicht erlaubet iſt, Teſtamente zu machen, obgleich dieſe meiſten Verbote aus den neuern Geſätzen herkommen. Alſo iſt 1) den perduellibus, welche wegen dieſes Verbrechens verdammt ſind, nicht erlaubet Teſtamente zu machen, weil alle ihre Güter dem Fiſco zugeeignet werden. L. 5. *Cod. ad* L. *Iul. Majeſt.* 2) So können apoſtatæ und hæretici keine Teſtamente machen. L. 3. *Cod. de Apoſtat.* L. 4. *Cod. de hæret.* Welche aber eigentlich Ketzer genennet werden, ſolches können die Theologi nicht beſtimmen, ſondern man muß ſolches ex legibus publicis erſehen. Alſo wird niemand unterſaget zu teſtiren, deſſen Religion in der Republik geduldet wird. 3) Es können auch diejenigen keine Teſtamente machen, welche inceſtuoſas nuptias celebrirt haben. Weil aber dieſes Verbot zum Faveur der Kinder, welche aus der erſten Ehe erzeuget ſind, iſt eingeführet worden: ſo muß daſſelbe auch hinwegfallen, ſi inceſtuoſi parentes legitimos inſtituant. L. 1. D. *de inceſt. nupt.* 4) Gleichfals iſt das teſtiren denjenigen unterſaget, welche ob carmen famoſum condemniret worden: denn daß dieſelben inteſtabiles ſeyn ſollen, be-

fiehlet L. 18. §. 1. D. *h. t.* Man muß aber nicht glauben, daß eine iede geschriebene iniurie ein Pasquill sey. Denn in jener werden nur die Laster der Menschen getadelt: in diesem wird iemand unter verdeckten Namen ein Haupt-Verbrechen schuld gegeben. So konten 5) auch ehemals diejenigen, welche zu einer pœna capitali verdammt waren, keine Testamente machen; denn sie wurden servi pœnæ: den servis pœnæ aber war nicht erlaubet zu testiren. Da sagen nun einige Doctores, daß die servitus pœnæ von dem Keiser *Iustiniano* in *Nov.* CXXXIV. c. ult. aufgehoben worden. Allein; wenn man diese Verordnung genau erwegen will, so wird man finden, daß die servitus pœnæ in favorum agnatorum & cognatorum aufgehoben worden, damit nicht die Güter mögen confiscirt, sondern den nächsten Anverwandten vorbehalten werden. Wenn dahero heut zu Tage einer zu einer pœna capitali verdammt worden ist, und er hat Anverwandten, so kan er nach den Iustinianeischen Rechte kein Testament machen: allein der Irrthum der Doctorum herrschet in foro, und es ist heut zu Tage nichts gewöhnlicher, als daß die zu einer Lebens Strafe verdammte Personen von ihren Sachen ohne Unterschied Testamente machen.

Tit. XIII.

De Liberis Exheredandis.

§. 520. 521.

Wir haben bisher gesehen, auf was Art und Weise die Testamente gemacht werden, und haben auch von denjenigen Personen gehandelt, welche Testamente machen können. Was das erste anbetrift, so haben wir gesaget, daß bei den Testamenten sowol die äusserlichen, als auch innerlichen Solennitäten müssen beobachtet werden, nemlich die Einsetzung des Erben. Nichts ist nun diesem mehr entgegen, als die Enterbung, welche Lehre der Keiser *Iustinianus* hier zum Voraus setzet. Wie groß die Väterliche Gewalt bei den Römern ehemals gewesen sey, davon ist oben (*Lib. I Tit. IX.*) umständlich gehandelt worden. Nun bestunde unter andern auch diese väterliche Gewalt mit darin, daß der Vater seinen Sohn nach Gefallen, ob derselbe es gleich nicht verdienet hatte, erwerben konte. Dahero saget PAVLVS in L. II. D. *de liber. & postum. Licere omnino liberos exheredare, siquidem & occidere licuerit.* Es sind Exempel davon vorhanden, welche wir heut zu Tage nicht ohne grosses Erstaunen lesen. Also meldet VALERIVS

MAXI-

MAXIMVS *lib.* VII. c. VII. §. 3. daß C. *Tettius*, ein Kind, welches noch in der Wiege gelegen, und also gantz unschuldig gewesen, von seinem Vater enterbet worden. Allein dieses erlaubete die Strenge der ehemaligen väterlichen Gewalt. Ohne allen Zweifel haben die Gesätzgeber den Vätern solche grosse Gewalt gegeben, weil sie geglaubet haben, daß sie dieselbe nicht mißbrauchen, und von ihren eigenen Geblüte malignum iudicium fällen würden. Weil aber die Erfahrung nachhero lehrete, daß öfters die Väter von den Stiefmüttern überredet wurden, alle väterliche Liebe gegen ihre Kinder zu verbannen: so haben endlich diesem Unheil abzuhelfen die Gesätze verordnet, daß der Vater seine Kinder im Testament nicht übergehen, sondern dieselben entweder zu Erben einsetzen, oder namentlich enterben solte. Man findet doch aber, daß einige Römer in diesem Punkt gantz raisonable gewesen sind, und hieher gehöret die schöne Stelle, welche wir bei PLINIO *lib. VIII. ep.* 18. lesen: *Laudabilius esse testamentum, quod pietas, fides, pudor scripsit; in quo denique omnibus adfinitatibus, pro cuiusque officio, gratia relata est, relata & uxori.* Zu Athen konte einer, welcher Kinder hatte, dieselben nicht enterben, konte auch kein Testament machen: sondern der Sohn, welcher den Eltern Schmach angethan hatte, wurde von dem Vater aus dem Hause gestossen, und konte keinen pardon erhalten. LIBANIVS T. I. *Declam.* 37. CASAVBONVS *ad* DIOGENEM LAËRTIVM *lib. I. n* 94. AERODIVS *ad* QVINCTILIAN. *declam.* 260. Hingegen bei den Römern stunde den Eltern frei, nach den LL. XII. *Tabb.* zu testiren, denn da hieß es: *uti pater familias legassit, ita ius esto.* Und da war es eben so gut, als ob dieses in comitiis geschehen wäre. L. 120. D *de Verb. Signif.* VLPIANVS *Tit. XI* §. 14. CICERO *Phil.* II. c. 42. saget davon: *In publicis nihil est lege gravius, in privatis firmissimum est testamentum.* Wie aber dieses nachhero geändert worden, solches haben wir kurtz vorher gezeiget.

§. 522. Weil aber nicht alle Kinder eiusdem conditionis sind: also war die väterliche Gewalt bei Enterbung der Kinder bald grösser, bald kleiner. Es werden nemlich die Kinder unterschieden in suos & emancipatos, in legitimos & illegitimos, in naturales & adoptivos, in filios & filias, in primi & ulteriorum graduum liberos, ac denique in natos & postumos. Diese musten entweder zu Erben eingesetzet, oder namentlich enterbet werden. Denn wenn sie der Vater im Testament übergangen, oder z. E. also geschrieben hatte: Filium meum nequam exheredem scribo: so war das Testament null und nichtig, weil auf solche Art der Sohn weder zum Erben eingesetzet, noch namentlich war enterbet worden. Im übrigen, wenn einer nur einen Sohn hatte: so erhellete von selbst, daß die Ausdrückung des Namens nicht nöthig war, weil man da leichtlich sehen konte, auf welchen der testator gezielet hatte, *princ. Inst. h. t.* Proxima his erant filiæ suæ & naturales, nec non nepotes.

tes. Dieſe waren von den Söhnen alſo unterſchieden, α) daß, da dieſe muſten namentlich enterbet werden, die Töchter aber und Enckel unter den übrigen enterbet werden konten, e. gr. *Titius & Mevius* filii mei heredes ſunto, reliqui liberi mei exheredes ſunto. β) Ein Sohn, welcher von dem Vater war übergangen worden, vernichtete das Teſtament: eine Tochter aber und Enckel, welche waren übergangen worden, vernichteten das Teſtament nicht, ſed præteriti adcrescerent reliquis in portionem virilem.

§. 523. Auf dieſe folgen die poſtumi. Von der Etymologie und Orthographie des Worts poſtumus haben ehemals CVIACIVS und ROBERTVS mit einander bittere Streitigkeiten geführet, und es handeln auch von dieſer Sache ALCIATVS *in Parerg. lib. VIII.* c. 13. TVRNEBVS *in Adverſar. lib. X* c. XXIII. *lib XVIII.* c. 1. Die Alten nenneten poſtumum quaſi poſterrimum, vel poſtremo loco natum: vigente autem ritu antiquo mortuos ſepelieudi, plerique poſtumum, quaſi poſt humatum patrem interpretabantur. CICERO *pro Rabirio* c. 2. GELLIVS *lib. II.* c. 16. Allein die Rechtsgelehrten blieben bei der erſten Etymologie, L. 3. §. 1. D. *de iniuſt. rupt. irrit. teſtam.* VIRGILIVS *lib. VI. Aeneid. v.* 763. CVIACIVS *lib. III. Obſervat.* c. 4. Von dieſen poſtumis hatte man ehemals harte Verordnungen, und dieſelben konten nicht zu Erben eingeſetzet werden, als welche perſonæ incertæ waren, §. 26. 27. *Inſt. de Legatis*, welchen alſo nichts konte hinterlaſſen werden. Es meinet zwar MARCILIVS *in Interpretat.* LL. XII. *Tabb.* c. 36. daß von der ſucceſſione poſtumorum eine eigene Verordnung in den LL. XII. *Tabb.* geſtanden habe, weil VLPIANVS *in Fragm. Tit. XXII.* §. 19. des iuris civilis gedencke: wie denn auch CVIACIVS *l. c.* unter dieſen Worten die LL. XII. *Tabb.* verſtehet. Allein es iſt falſch, und die Worte ius antiquum, welche in L. 29. §. 7. D. *de liber. & poſtum.* ſtehen, ſind von der interpretatione prudentum zu nehmen. Denn weil das principium hernach angenommen wurde, poſtumum haberi pro iam nato, quoties de eius commodo agatur: ſo iſt es geſchehen, daß von den poſtumis die Regel angenommen wurde, eos aut inſtituendos, aut exheredandos eſſe, ſi non debeant teſtamentum rumpere, §. 1. *Inſt. h. t.* Wenn ſie derohalben im Teſtament übergangen waren, und darauf lebendig zur Welt geboren wurden: ſo rumpirten ſie das Teſtament, und wurden ab inteſtato nebſt den übrigen Kindern zur Erbſchaft zugelaſſen. Heut zu Tage kan ſich dergleichen Fall nicht einmal mehr äuſſern, daß ein poſtumus ſolte enterbet werden, weil der Keiſer *Iuſtinianus* in *Nov.* CXV. gewiſſe Urſachen der Enterbung vorgeſchrieben hat, weswegen die Kinder ſollen können enterbet werden. Was die nepotes poſtumos anbelangete: ſo war es genug, wenn denſelben ein legatum vermachet wurde, damit es nicht das Anſehen gewinnen möchte, als ob dieſelben aus Vergeſſenheit wären übergangen worden. Es nen-

nennet aber APVLEIVS *in Apolog.* p. 457. ein ſolches legatum: *non honeſtum ſed ad ignominiam adſcriptum; ut intelligeretur iratus potius externaſſe eam, quam oblitus præteriiſſe.* Daher erinnert VLPIANVS *in Fragm. Tit. XXII.* § 22. daß es ſicherer ſey, die nepotes poſtumos namentlich zu enterben, welches auch mehr beobachtet worden, obgleich die neptes poſtumæ unter den übrigen enterbet worden. Den Urſprung dieſes Unterſchieds ſetzet Herr SCHVLTING *in not. ad* VLPIAN. *c. l.* in dem *Lege Voconia.* PAVLVS *lib. IV. Receptar. Sentent. Tit. VIII* §. 22.

§. 524. In dieſem Spho kommen wir auf die liberos emancipatos. Dieſe, da ſie in Anſehung des Vaters pro extraneis gehalten werden, können von dem Vater im Teſtament übergangen werden, und er hat keine Urſache, dieſelben zu Erben einzuſetzen, oder zu enterben. Weil aber dieſes dem Römiſchen Prætori unbillig zu ſeyn ſchiene: ſo gab er denſelben die bonorum poſſeſſionem contra tabulas. Wenn dahero die emancipirten Kinder dieſe Wohlthat von dem Römiſchen Stadt-Schultheiſſen geſuchet hatten: ſo konten ſie einen Theil von der Erbſchaft überkommen, wenn ſie nicht waren namentlich von dem Vater enterbet worden, §. 3. *Inſt. h. t.* Im übrigen iſt zu mercken, daß dieſes beneficium intra annum & quidem utilem muſte geſuchet werden: denn wenn dieſe Zeit verfloſſen war, ſo war kein Mittel mehr übrig, etwas zu erhalten. Daß man aber ehemals die liberos emancipatos pro extraneis gehalten hat, dazu giebt uns den Schlüſſel SERVIVS *ad lib. II. Aeneid.* VIRGIL. *V.* 156. alwo er folgendes ſchreibet: *Conſuetudo apud antiquos fuit, ut qui in familiam vel gentem tranſiret, prius ſe abdicaret ab ea, in qua fuerat, & ſic ab alia reciperetur.*

§. 525. Was endlich die liberos illegitimos und adoptivos betrift: ſo wird von denſelbigen gehalten, daß ſie gar keinen Vater haben, und alſo eiusdem conditionis ſeyn, als die liberi naturales. Daraus folget, α) ut illegitimos neque inſtituere, neque exheredare teneatur pater, ſed illos impune prætereat. Und hierin ſind die liberi illegitimi ſchlimmer daran, als die emancipati, welche doch noch die bonorum poſſeſſionem contra tabulas erhalten können, dieſen aber ſolches keinesweges zugeſtanden wird. β) Vt adoptivi, quamdiu durat patria poteſtas, vel inſtituendi ſint, vel nominatim exheredandi. Wir ſchlieſſen ferner γ) daraus, minus plene adoptatos nec inſtituendos eſſe, nec exheredandos, quia plane non ſunt in patria poteſtate patris adoptivi (§. 186.)

§. 526-528. Die Lehre von der Enterbung der Kinder ſowol in *Inſtitutionibus*, als auch in den Pandekten und *Codice* iſt ziemlich verwirret; allein der Keiſer *Iuſtinianus* hat in *Nov.* CXV. dieſe gantze Lehre reformirt, und zwar dergeſtalt, daß dieſelbe nun in gantz wenige Regeln kan eingeſchloſſen

werden, welches folgende ſind: Omnes perſonæ, quibus debetur portio legitima, aut heredes ſunt inſtituendi, aut nominatim exheredandi. Es muß aber die legitima den liberis, parentibus, fratribus & ſororibus, germanis & conſanguineis gegeben werden, ſi turpis perſona illis præferatur. Allein hier kömmt die Frage vor, worin man den Urſprung dieſer portionis legitimæ zu ſuchen habe? Da iſt nun ſehr wahrſcheinlich, daß dieſe portio legitima aus einem Senatusconſulto herkomme, und nach dem Exempel der quartæ falcidiæ ſey eingeführet worden. Nam præterquam quod illa ſemper olim fuit quarta pars bonorum, diſerte vocatur quarta falcidia in L. 8. §. 9. & L. 14. D. *de inoffic. teſtam.* L. 31. *Cod. eod.* & apud PAVLLVM *lib. IV. Receptar. Sentent. Tit. V.* §. 5. Aber heut zu Tage iſt ſolches nicht mehr die quarta bonorum, weil der Keiſer *Juſtinianus* in *Nov.* 18. c. 1. verordnet hat, ut ſi quatuor liberi eſſent, aut pauciores, portio legitima eſſet triens, ſin plures ſemis. 2) Eine iede Enterbung muß pure geſchehen, denn ſonſt gehet es nicht an. Z. E. wenn der Vater im Teſtament ſchreiben wolte: Filius meus, ſi verum eſt, quod mihi iniuriam intulerit, exheres eſto L. 3. §. 1. D. *de liber. & poſtum.* 3) Muß auch die exheredatio von der gantzen Erbſchaft geſchehen. Denn wenn einer auch nur in einem Pfennig zum Erben eingeſetzet worden, der iſt nicht enterbet, ſondern hat actionem in factum expletoriam, ad ſupplendum id, quod legitimæ deeſt. Letzlich 4) muß eine iede Enterbung ex iuſta cauſſa geſchehen, welche im Teſtament muß ausgedrücket werden, e. gr. Filius meus *Caius*, quia me verberavit, exheres eſto.

§. 529. Die iuſtæ cauſſæ, weswegen die Enterbungen geſchehen ſollen, beſtehen nicht darin, welche der teſtator dafür hält, ſondern welche durch die Geſätze ſind beſtimmet worden. Man pflegte auch ſchon bei den Römern darauf zu ſehen, daß vernünftige Leute nicht ohne rechtmäßige Urſache ihre Kinder enterbeten. Alſo ſaget CICERO *pro Roſcio Amerino* c. 19. *Exheredare pater filium cogitabat. Mitto quærere, qua de cauſſa; quæro, qui ſcias: tametſi te dicere atque enumerare cauſſas oportebat, ut erat certi accuſateris officium, qui tanti ſceleris argueret, explicare omnia vitia atque peccata filii, quibus incenſus parens potuerit animum inducere, ut naturam ipſam vinceret, ut amorem illum penitus inſitum eiiceret ex animo: ut denique patrem ſe eſſe obliviſceretur.* Und SENECA *lib I. de clementia* c. 14. ſchreibet davon gar artig: *Niſi magnæ & multæ iniuriæ patientiam evicerint; niſi plus eſt, quod timet, quam quod damnat, non accedit ad decretorium ſtilum.* Ob aber die Urſachen hinlänglich zur Enterbung waren, darüber muſten ehmals die Centumviri urtheilen, L. 13. L. 17. D. *de inoffic teſtam.* GRONOVIVS *lib. IV. Obſervationum* c. 11. SICCAMA *de iudicio centumvirali.* Hernach lagen die Urſachen in den Geſätzen hin und wieder zerſtreuet, waren auch ziemlich dunckel, und machten die Richter öfters zweifelhaf-

haftig, welche mehr nach ihren eigenen Willen verfuhren, als daß ſie auf das Anſehen der Geſätze ſahen, L. 2. §. 17. *Cod. de vet. iur. enucl.* Endlich iſt der Keiſer *Iuſtinianus* gekommen, und hat in der *Nov.* 115. c. 3 4 vierzehen Urſachen bei Enterbung der Kinder, und achte bei Enterbung der Eltern feſtgeſetzet, und hat nicht wollen zugeben, daß die Enterbung wegen anderer in andern Geſätzen beſtimmten Urſachen geſchehen ſollen. Ob der Keiſer *Iuſtinianus* daran klüglich gehandelt habe, das iſt eine Frage, worauf wir uns nicht einlaſſen wollen: uns kan genug ſeyn, daß derſelbe gewiſſe Urſachen hat beſtimmen wollen, damit die ehemalige Ungewißheit hinwegfallen möchte. Aus den alten Rechten iſt alſo nicht mehr als nur eine einzige Urſache der Enterbung übrig geblieben, nemlich, ſi bona mente exheredatio fiat, oder wie *Vlpianus* in L. 12. §. 2. D. *de bon. libert.* redet, non mala mente. Z. E. Wenn der Vater an ſtatt des filii prodigi, furioſi, oder obærati, deſſen Enckel zu Erben einſetzet. L. 16. §. 2. D. *de curat. furioſor.* L. 18. D. *de liber. & poſtum.* Es beſtehen aber die Urſachen, warum die Eltern die Kinder enterben können, nach der *Nov.* 115. c. 3. in folgenden. 1) Gravis iniuria ſcil. verbalis, z. E. wenn der Sohn ſeinen Vater einen Schelm geſcholten, oder ihn geflucht hat. 2) Iniuria realis, wenn der Sohn ſo gottlos geweſen, daß er Hand an ſeinen Vater geleget, und denſelben geſchlagen hat, er mag es nun ſelbſt gethan haben, oder durch einen andern haben thun laſſen. 3) Wenn ein Kind ſeinen Eltern nach dem Leben geſtanden hat. 4) Wenn ein Kind ſeinen Vater bei der Obrigkeit angegeben hat, v. g. ſi fiſcum defraudarit, & pater inde damnum ſenſerit. 5) Si filius cum maleficis verſatus ſit, vt maleficus fieret. 6) Wenn ein Kind den Vater verhindert hat ein Teſtament zu machen, welches dergeſtalt verhaßt iſt, daß auch deswegen den extraneis die Erbſchaft als Unwürdigen entzogen wird. L. 1. §. 1. 2. L. 11. D. *ſi quis aliqu. teſt. prohib.* 7) ſi quis patrem furioſum neglexerit, neque eius cuſtodiam in ſe ſuſceperit. 8) Si captum ab hoſtibus non redemerit lytro perſoluto. 9) Si filius factus ſit hæreticus talis, qualem paullo ante deſcripſimus. (§ 519.) 10) Si filius patrem capitalis criminis adcuſarit, excepto crimine maieſtatis. Denn da dieſes Verbrechen von ſolcher Beſchaffenheit iſt, daß auch das bei demſelben ſie ereignende Stillſchweigen geſtrafet wird: ſo kan dem Sohne nicht verdacht werden, daß er ſein Heil dem väterlichen vorgezogen hat. Haut vor Haut, und was ein Mann hat, läſſet er vor ſein Leben. Im übrigen ſiehet man gar leichte, daß dieſe Urſache nur allein auf die Söhne, nicht aber auf die Töchter gehe, L. 8. D. *de adcuſat.* Iſt auch eine Urſache der Enterbung, 11) wenn der Sohn ſich mit ſeiner Stif-Mutter fleiſchlich vermiſchet hat: und da ſcheinet es, daß der Keiſer *Iuſtinianus* dieſes aus GENES. XLIX. v. 34. genommen habe, alwo der Patriach Jacob ſeinen erſtgebornen

Sohn, Ruben, wegen dieſes Verbrechens von dem Königreich und Prieſterthum ausgeſchloſſen hat. 12) Si filius mimos invito patre ſequatur. Einige wollen dieſes auf die heutigen Comödianten ziehen, aber wie ein ieder leicht ermeſſen kan, gar verkehrt. Denn die mimi bei den Römern waren perſonæ infames, L. 1. D. *de his qui not. infam.* hingegen unſere Comödianten ſtehen bisweilen in Ehren und Würden, und gemeiniglich wird das Anſehen der Väter wenig beleidiget, wenn die Söhne dieſe Lebens Art erwehlen. 13) Si filius patrem carceri incluſum, ſua fideiuſſione liberare nolit. Dieſe Urſache kan nur bei den Söhnen nicht aber bei den Töchtern ſtatt finden, weil die Töchter, als Frauens-Perſonen, ſich für niemand verbürgen können, da ihnen das Senatusconſultum Velleianum alle Bürgſchaft verbietet. Endlich iſt die letzte Urſache der Enterbung 14) ſi filia vitam meretriciam eligat. Es iſt dahero keine Urſache zur Enterbung vorhanden, wenn ſie ſich hat beſchlaffen laſſen, ſondern es wird erfordert, daß ſie ſich für Geld mißbrauchen laſſen. Jedoch auch dieſes iſt nicht einmal genug, ſondern die Geſätze erfordern noch ausdrücklich, daß dieſelbe α) minderjährig ſey, β) und der Vater ihr eine Mitgabe geben und ſie ausſtatten wollen. Wenn ſie dahero eine ſo ſchändliche Lebens-Art erwählet, und dieſelbe iener ehrlichern vorziehet: ſo kan ſie alsdenn billig enterbet werden.

§. 530. Die Urſachen, wegen welcher die Kinder ihre Eltern enterben können, ſind weniger als die vorher angeführten, und werden in der *Novella* 115. c. 4. erzehlet. Nemlich es werden deren nur acht Urſachen angegeben, wovon die Urſache am Tage lieget. Denn weil die Kinder eine mehrere Verbindung gegen ihre Eltern haben, als die Eltern gegen ihre Kinder: ſo müſſen auch wenigere Fälle vorhanden ſeyn, in welchen ſich die Eltern gegen ihre Kinder undanckbar erweiſen können. Aus dieſen acht Urſachen kömmt die erſte mit der vorher angeführten zehnten, die zweite mit der dritten, die dritte mit der eilften, die vierte mit der ſechſten, die fünfte mit der achten, die ſechſte mit der ſiebenten, und ſiebente mit der neunten überein. Die einzige achte hat etwas beſonders vor den andern zum voraus, daß nemlich der Sohn den Vater enterben kan aus gerechter Rache, wenn er die Mutter vergiftet hat, oder die Mutter, wenn ſie ſolches dem Vater gethan.

§. 531. Es ſind noch einige Urſachen übrig, weswegen die Brüder und Schweſtern einander enterben können. Es können dieſelben einander im Teſtament übergehen, und dahero iſt es nicht einmal nöthig, daß ſie einander enterben, wenn ſie nur keine perſonam turpem zu Erben eingeſetzet haben. Wenn alſo einer an ſtatt ſeines Bruders, oder Schweſter z. E. eine Hure, Huren-Wirth, oder anders dergleichen Geſindel zu Erben einſetzet: ſo haben alsdenn die Brüder und Schweſtern querelam inofficioſi teſtamen-

ti, und zerreiſſen daſſelbe, wenn ſie nicht ex iuſta cauſſa enterbet worden ſind. Und von dieſen iuſtis cauſſis kommen nur drei vor in der *Novella* XXII. c. 47. α) ſi frater fratris vitæ inſidias ſtruxerit; β) ſi criminis illum adcuſarit, & γ) ſi bonis eius inſigne detrimentum attulerit.

§. 532. Dieſes ſind die cauſſæ iuſtæ exheredationis, wobei denn die Frage zu erörtern vorkömmt: an & aliæ atrociores admittantur præter numeratas? Wir antworten darauf, daß ſolches billig müſſe verneinet werden, weil der Keiſer *Iuſtinianus* nur die obangeführten Urſachen alle angeführet, und auſſer denſelben keine andern zugelaſſen hat. Alſo wurde z. E. die Enterbung des Sohnes nicht zulänglich ſeyn, wenn der Vater ſagen wolte, er ſoll nichts bekommen, weil er iemand ermordet, oder geſtohlen hat. Denn obgleich dieſes delicta atrocia ſind, ſo ſtehen dieſelben doch nicht mit unter den Urſachen, weswegen ein Kind dürfte enterbet werden. Man muß alſo hier einen Unterſchied machen, inter cauſſas diverſas, quamvis atrociores, & cauſſas eiusdem generis. Jene werden nicht zugelaſſen: bei den letzten aber gehet es an, daß dieſelben zu der Enterbung hinlänglich ſeyn. Z. E. da einer ſeinen Vater enterben kan, wenn er die Mutter mit Gift hingerichtet hat: ſo muß die Enterbung nothwendig auch in dem Falle ſtatt finden, wenn der Vater die Mutter mit dem Degen ermordet hat. Wovon der gelehrte Herr HVBER *in Prælect. ad Inſtit.* umſtändlich und gar richtig gehandelt hat.

Wir müſſen nach unſerer Gewohnheit auch ſehen, was die Teutſchen von den Enterbungen der Kinder vor Gewohnheiten gehabt haben. Wir haben oben gemeldet, daß die alten Teutſchen zu Zeiten Taciti von den Teſtamenten nichts gewuſt haben: woraus wir ſchlikſſen, daß dieſelben auch nichts von den Enterbungen müſſen gewuſt haben, daher nicht leichtlich bei ihrer Lebens-Art, welche ſehr einfältig war, eine Urſache vorkommen konte, weswegen die Eltern ihre Kinder hätten enterben können. Es hieß bei ihnen, wie TACITVS ſaget: *Heredes ſucceſſoresque ſui cuique liberi, nullum teſtamentum.* Jedoch iſt kein Zweifel, daß wenn ſich der Fall ſolte ereignet haben, daß ſich ein Kind gegen ſeine Eltern gröblich vergangen, denen Eltern frei geſtanden, dergleichen böſe Art aus dem Hauſe zu ſtoſſen, und ihnen alſo alle Hofnung zu der väterlichen Erbſchaft zu benehmen. Denn da ein Ehemann das Recht gehabt, ſeine ehebrecheriſche Frau aus dem Hauſe zu ſtoſſen, wie TACITVS *de morib. Germ.* c. 19. meldet, wer wolte zweifeln, daß nicht auch die Eltern ſich gleicher Strengigkeit gegen ihre Kinder hätten bedienen können. Ja, da auch die Eltern bei den Teutſchen das ius vitæ & necis über ihre Kinder gehabt: ſo müſſen ſie auch wohl das Recht gehabt haben, ihre aus der Art geſchlagene Kinder von ſich zu

ſtoſſen. Wir können zwar dieſes bei den alten Teutſchen mit keinen Exempel beſtärcken: iedoch wiſſen wir, daß als ſich *Segeſtis* Tochter wider ihres Vaters Willen von *Arminio* rauben laſſen, und ſich hernach mit demſelben vermählet, ihr Vater eine Gleichgültigkeit bezeiget, da ſie von den Römern gefangen worden. TACITVS *lib.* 1. *Annalium* c. 57. Denn daß ſich *Segeſtes* um ſie ſehr wenig müſſe bekümmert haben, ſolches leget ſich daraus zu Tage, weil derſelbe ein Römiſcher Bundesgenoſſe war, und in ſolchen Anſehen ſtunde, daß er ſeine gefangene Tochter gar leicht hätte befreien können, wenn er ſolches thun wollen. Nachhero haben die Teutſchen Völcker, welche in dem Römiſchen Reiche ſich geſetzet haben, die meiſten Sachen und Rechte, welche die Römer gehabt, beibehalten, und weil es auch nach und nach geſchehen, daß ihre Kinder aus der Art geſchlagen: ſo haben ſie die Römiſchen Satzungen, wegen Enterbung der Kinder gleichfals angenommen. Bei den Weſtgothen konte ein Vater ſein Kind enterben, wenn daſſelbe den Vater geſchlagen, ein groß Unrecht zugefüget, oder ein Verbrechen vorgeworfen, oder wenn die Tochter Ehebruch begangen hatte. L. *Wiſigoth. lib. IV. Tit. V.* §. 1. 2. *lib. IV. Tit. IV.* §. 7. Bei den Longobarden hatte man es faſt eben alſo geordnet. Es war niemanden erlaubet, ſeine Kinder zu enterben, als allein wegen rechtmäßiger Urſachen. Z. E. bei dem Sohn, wenn er den Eltern nach dem Leben geſtellet, etwas wider ihr beſtes unternommen, dieſelben geſchlagen, und der Stief-Sohn mit der Stief-Mutter zugehalten. L. *Longobard. lib. II. Tit.* XIV. §. 12. Hingegen konten die Töchter u. Schweſtern allezeit enterbet werden, ſo oft als ſie etwas gethan hatten, ſo dem Väterlichen Willen zuwider war *ibid. c. l.* §. 23. wovon die Urſache darin beſtehet, weil die Töchter und Schweſtern in mundiburdio ſtunden, da ſie denn als filiæ familias anzuſehen waren. In den übrigen Teutſchen Geſätzen findet man das Wort exheredatio entweder gar nicht, oder es wird doch in einen gantz andern Verſtande genommen. Denn in den mittlern Zeiten hieſſe exheredes eſſe ſo viel, als gar keine Erbſchaft erlangen können, ob es gleich eine Perſon war, welchen man keine portionem legitimam ſchuldig war. Man nennete auch diejenigen, welche ihre eigene Güter durch Unglücksfälle verlohren hatten, exheredatos, wie aus dem *Capitular. Regg. Francor. lib. I.* c. 204. zu erſehen iſt. Letzlich ſagte man auch von den Gütern, quod exheredentur, wenn ſie auſſer der Familie veräuſſert würden, wie davon die Stellen in der neueſten Auflage von DV FRESNE *Gloſſar.* T. II. p. 244. zu leſen ſind. Die Sächſiſchen Rechte wiſſen in den mittlern Zeiten nicht das geringſte von der Enterbung, da dieſelben auch nicht einmal der Teſtamente gedencken. In der Landgrafſchaft Thüringen findet ſich ein ſolches Exempel der Enterbung. Denn wir leſen in *Hiſtor. Landgravior.*

Thu-

Thuring. ad a. 1287. von Albrecht dem Unartigen: *pace non obſtante, dolentem de malis, ſibi a filiis (Friderico & Dietzmanno) illatis, volentemque eos exheredare, vocaſſe filium ſuum Apetz, natum de concubina ſua, Kunnen de Iſenberg, quam legitimari ſibi fecerit, poſt obitum domine Margarethæ, & dediſſe prædicto filio ſuo Apetz caſtra, ſcilicet Tennebergk cum advocatiis ſuis, & plures civitates & caſtra daturum fuiſſe, in damnum legitimorum filiorum, ſi domini terrarum & oppida non obſtitiſſent.* Allein man erſiehet hieraus, daß das Wort exheredare in obigen Verſtande genommen werde. Albrecht der Unartige trachtete ſeine Kinder zu enterben, er war aber nicht geſonnen ſolches in Teſtament zu thun, ſondern daß er die Güter auf andere bringen wolte. Das Schwäbiſche Land-Recht weiß von den Enterbungen: es iſt aber alles aus den Römiſchen Rechten hergenommen. Denn c. 252. wird gemeldet: Wie ain Chind Vater und Mutter erb verwürchent, alwo der Spiegelmacher ſaget: Es mag ain Chind Vater und Mutter-Erb verwürchen mit vierzehen Dingen. Nach dieſem erzehlet er alle die von dem Keiſer *Juſtiniano* in *Novella* C. XV. angegebene Urſachen der Enterbung: ob er gleich in manchen Dingen den Sinn des Keiſers nicht erreichet hat. Z. E von der zweiten Urſache ſaget er: Ob ein Sun ſeinen Vater vahet, und in einſlewſſet wider Recht, und ſtirbt in Vänkinuſſe, wozu er ſetzet: der Sun hat auch ſein Erib gewal verloren. Hingegen in der *Nov* CXV. c. 3. §. 8. ſtehet nur, wenn der Vater eingeſetzet worden, und ihm der Sohn durch ſeine Bürgſchaft nicht befreiet hat. Alſo heiſſet bei ihm die vierte Urſache: ob ein Sun ſeinen Vater geſchlagen hat an das Wang, oder wie er ihn värlichen geſchlagen hat, da doch nach der *Nov.* CXV. c. 3. §. 1. genug iſt, wenn der Sohn Hand an den Vater geleget hat. Die ſiebente Urſache, welches in *cit. Nov.* conſuetudo cum maleficis iſt, iſt folgendermaſſen erkläret: Ob der Sun ein Diepp wirt, oder ſus ain poſewicht mit ſogetanen leben, da ain jeglich Mann ſein Erb-Recht mit verleuſſet, oder ob er wiſſentlichen mit demſelben Läwten wonet, die daſſelb leben an in habent. Bei der neunten Urſache von den mimis, nennet er Spielleute, die Gut vor ehre nemen. Von der Ketzerey ſchweiget er gar ſtille, und führet an deren ſtat die dreizehente an: Ob ain Sun ſeinem Vater ſein Gut mit groſſer Unfur mer, dann halbes vertuet. Das heiſſet ſo viel, wenn der Sohn ſo verſchwenderiſch iſt, daß er die väterlichen Güter bis über die Helfte durchbringet. Der Schwaben-Spiegler handelt in eben dem Hauptſtück von Enterbung der Eltern, und ſaget, daß da nur drei Urſachen vorhanden wären, nemlich wenn der Vater die Schwieger-Tochter beſchläft, wenn der Vater den Sohn gefangen genommen, oder wenn er ihn wegen eines Haupt-Verbrechens

angeklaget hat. Ja es heisset so gar, daß der Vater deswegen seine Güter verliere bei seinen Lebzeiten, und dieselben den Kindern zufallen müssen. Dieses waren die Gewohnheiten der Teutschen bei den Enterbungen: jetzo wollen wir uns zu dem folgenden Titel und dessen Erklärung wenden.

Tit. XIV.

De Heredibus Instituendis.

§. 533 • 535.

Der Enterbung stehet die Einsetzung zum Erben entgegen, wovon wir in gegenwärtigen Titel handeln wollen, und dabei zeigen, 1) was vor Leute zu Erben können eingesetzet werden? 2) Wie ein as hereditatis zu theilen sey? und 3) auf wie vielerlei Art die Einsetzung zum Erben geschehen könne? Es ist eine interna solemnitas testamenti, welche allezeit dabei seyn muß, daß nemlich ein Erbe eingesetzet werde, welches in §. 34. Instit. caput & fundamentum totius testamenti genennet wird. Es war gewöhnlich, den Erben gleich im Anfange des Testaments zu benennen, daher APVLEIVS *in Apolog.* saget: *mox in principio testamenti Sicinius Pudens filius meus mihi heres esto.* Und HORATIVS *lib. II. serm.* 5. v. 53. nennet die erste Tafel, worauf die Erben geschrieben waren, *primam ceram*: dagegen die legata, fideicommissa, tutelæ, auf die letzte Tafel, *in ima cera* geschrieben wurden. SVETONIVS *in Iulio* c. 83. MERCERIVS *lib. I. Opin.* c. 12. LIPSIVS *lib. I. Elect.* c. 20. Zu allererst haben wir hier die Frage zu erörtern, was ein Erbe sey? darauf antworten wir: heres est successor in omne ius, quod defunctus habuit, L. 24. D. *de Verb. Signif.* L. 62. D. *de Regul. iur.* BYNKERSHOEK *lib. I. Obs.* c. 2. Diese von den Erben gegebene definition unterscheidet denselben sogleich von dem legatario oder fideicommissario singulari: denn keiner von beeden succedirt in universum ius defuncti, sed tantum in rem aliquam singularem, quæ defuncti fuit. Z. E. ein Acker, Weinberg, Bibliothek ꝛc. Weil nun ein legatarius oder fideicommissarius keine Schulden bezahlet, welche der testator gemacht hat: so muß dieses der Erbe thun, quia est successor in universum ius, quod defunctus habuit, L. 24. D. *de Verb Signif.* Denn der Verstorbene ist schuldig gewesen die Schulden zu bezahlen: und daher wird auch derjenige dazu verbunden, welcher dessen Erbe ist. Nachdem nun diese definition von dem Erben vorausgesetzet worden; so verstehet sich gar leicht die erste Frage, welche in diesem Titel vorkömmt: was vor Leute können zu Erben eingesetzet werden? Wir wollen dieses aus

ei-

einer Haupt-Regel, die unmittelbar aus der definition flieſſet, erläutern: Quicunque tempore facti teſtamenti, mortis teſtatoris, & aditionis eius conditionis eſt, ut in univerſum ius civis Romani poſſit ſuccedere, is & heres inſtitui poteſt. Dieſes axioma iſt ſo klar, daß nichts darüber iſt. Den die teſtamentifactio, von welcher wir hier reden, iſt ein ius Quiritium, i. e. civibus Romanis proprium, und dahero kan niemand ex teſtamento civis etwas bekommen, als welcher in die Rechte des teſtatoris als ein civis Romanus ſuccediren kan. Es iſt aber hierbei ſehr wohl zu mercken, daß man auf drei Zeiten ſehen müſſe, da einer kan zum Erben eingeſetzet werden. Denn es muß einer dazu geſchickt ſeyn *α*) zu der Zeit, da das Teſtament gemacht wird; *β*) bei dem Abſterben des teſtatoris, und endlich *γ*) wenn einer die Erbſchaft antreten will. Denn wenn einer unter dieſen Zeit-Punkten dazu ungeſchickt wird, eine Erbſchaft eines civis Romani zu erhalten: ſo ſchadet dieſes ihm nichts, L. 49. §. 1. D. *h. t.* Wir wollen die Sache mit einem Exempel zu erläutern ſuchen. *Cicero*, welcher von *Clodio* aus Rom als ein Exulant war vertrieben worden, war ungeſchickt, eine Erbſchaft zu bekommen, wenn ihn iemand damals zum Erben eingeſetzet, oder der teſtator zu dieſer Zeit geſtorben wäre, oder er als ein Exulant die Erbſchaft hätte antreten wollen. Sonſt aber würde ihm dieſes exſilium nichts geſchadet haben, wenn er in civitate geweſen wäre.

§. 536. Wir wollen nun diejenigen Schlüſſe betrachten, welche aus unſerm von uns erklärten axiomate können hergeleitet werden. Nemlich 1) flieſſet daraus, daß auch die Knechte zu Erben können eingeſetzet werden. Es iſt aber dabei ein Unterſchied zu machen inter ſervos proprios & alienos. Sind es ſervi proprii, ſo können dieſelben nur Erben werden, wenn ihnen die Freiheit iſt gegeben worden, weil ſie ſonſt nicht in die iura civis Romani ſuccediren können. Wenn es aber ſervi alieni ſind, ſo können dieſelben auch ohne die gegebene Freiheit Erben werden. Hier möchte mir aber iemand einwenden, daß ja die Knechte nicht in iura civis Romani ſuccediren können: allein die Antwort iſt darauf gar leicht zu geben. Die Knechte werden nicht ex perſona propria, ſondern ex perſona domini zu Erben eingeſetzet L. 31. *pr.* D. *h. t.* Dahero erwerben ſie ſich auch nicht die Erbſchaft, ſondern dieſelbe wird ihren Herren erworben, und deswegen iſt es genug, wenn nur die Herren im Stande ſind, ut poſſint in ius univerſum civis Romani ſuccedere. Ob nun aber gleich dieſes den Rechten nach eine ausgemachte Sache iſt, daß ein Knecht kan zum Erben eingeſetzet werden: ſo iſt doch auch hiebei eine gantz beſondere Ausnahme ex reſcripto *Severi* & *Antonini* Auguſtorum zu mercken, *princ. Inſt. h. t.* daß nemlich, wenn die Frau, welche wegen Ehebruchs verdächtig iſt, den Knecht, auf welchen die Vermuthung fällt, daß

sie mit demselben zu thun gehabt, zum Erben eingesetzet hat, dergleichen Einsetzung, wenn sie vor den richterlichen Ausspruch in der Sache geschehen ist, ungültig seyn soll. Die Ursache dieser Verordnung lieget am Tage, weil nemlich ein solcher Knecht durch die Einsetzung zum Erben seine Freiheit erhalten, und hernach nicht würde können torquiret werden, wodurch es denn geschehen würde, daß das Verbrechen unbestraft bliebe. Bei den servis propriis ist noch zu mercken, daß wenn ein solcher von denselben zum Erben eingesetzet worden, alsdenn vermuthet wird, daß er zugleich die Freiheit erhalten habe, ob solches gleich nicht im Testament ausgedrücket worden, *princ. Inst. h. t.* L. *penult. Cod. de serv. necess. hered. instit.* Qui enim vult finem, præsumitur etiam media velle. Wer also seinen Knecht zum Erben einsetzen will, der will auch ohne allen Zweifel, daß derselbe frei und ein Römischer Bürger seyn soll, als ohne welche Eigenschaften er nicht Erbe seyn kan.

§. 537. Aus eben diesem axiomate schliessen wir, 2) daß allein cives Romani, nicht aber peregrini zu Erben können eingesetzet werden, L. 6. §. 2. D. *h. t.* CICERO *pro Cæcin.* c. 41. 35. Denn wie wolte doch ein peregrinus wohl in ius civis Romani succediren können? Es ist aber dieses Recht in den folgenden Zeiten abgeschaffet worden, durch die *Authent. omnes peregrini, Cod. commun. succeff.* wie gemeiniglich dieses dafür gehalten wird. Allein in der angeführten *Authentica* hat der Keiser Friedrich II. nicht verordnet, daß die peregrini zu Erben können eingesetzet werden, sondern es ist nur gesetzet, daß dieselben sollen Testamente machen, und ihre Güter den nächsten Anverwandten überlassen können. Inzwischen da SCHILTER *in dissert. de iure peregrinorum* gar recht gewiesen hat, daß heut zu Tage ein gar geringer Unterschied inter cives & peregrinos vorhanden sey: so darf man sich nicht darüber wundern, daß die peregrini heut zu Tage an allen Orten Testamente machen, und zu Erben einsetzen können, welche sie wollen. Sonst verstehen einige die Freiheit, welche der Keiser Friedrich II. den Fremden gegeben, von der testamentifactione activa, nicht aber von der passiva. Allein es ist mir dieses allezeit sehr abgeschmackt vorgekommen. Denn der Schluß von der testamentifactione activa ad passivam hat seine ungezweifelte Richtigkeit. Denn wer wolte doch wohl läugnen, daß derjenige, welcher sich Erben im Testament setzen kan, nicht auch von andern solte zum Erben eingesetzet werden können? Besiehe CHRIST. PHIL. RICHTER *in Commentario ad Authenticam, omnes peregrini, Cod. Commun. succeff.*

§. 538. 3) Hier entstehet die Frage, ob auch ungewisse Personen zu Erben können eingesetzet werden? Wir haben schon ehemals oben (§. 543.) angemercket, daß personæ incertæ nicht haben können zu Erben eingesetzet werden. Denn die Einsetzung der Erben ist ein titulus honorabilis, wie wol-

te

te aber einer einer ungewiſſen Perſon eine Ehre beilegen können, von welcher er ſich keinen Begrif machen kan? Und dieſes Recht hat ehemals gegolten zu Zeiten des Keiſers *Traiani*, wie davon PLINIVS *lib. V. ep.* 7. Bericht erſtattet, alwo er zeiget, daß dasjenige, was man dem municipio hinterlaſſen, null und nichtig geweſen, aus keiner andern Urſache, als weil die municipes perſonæ incertæ waren. Deſſen Worte lauten alſo: *Nec heredem inſtitui, nec præcipere poſſe rempublicam, conſtat. Saturninus autem, qui nos reliquit heredes, quadrantem reipublicæ noſtræ, deinde pro quadrante præceptionem quadringentorum millium dedit. Hoc, ſi ius adſpicias, irritum: ſi defuncti voluntatem, ratum & firmum eſt. Mihi autem defuncti voluntas (vereor quam in partem iurisconſulti ſum dicturus, accipiant) antiquior iure eſt: utique in eo, quod ad communem patriam voluit pervenire.* VLPIANVS *in Fragment. Tit. XXII.* §. 5. Jedoch gienge es an, daß den univerſitatibus ein fideicommiſſum konte verlaſſen werden, wie VLPIANVS *c. l.* bezeuget. Es war aber dieſes durch das *Senatusconſultum Apronianum* eingeführet worden. SCHULTING *ad Vlpianum c. l.* p. 635. Jedoch iſt das alte Recht nach und nach geändert worden, und dahero wird nach den neuern Rechten billig ein Unterſchied gemacht, an perſona incerta ex poſt facto poſſit fieri certa, nec ne? Wenn die perſona incerta nicht certa werden kan: ſo giebt es die Sache ſelbſt, daß die Einſetzung zum Erben null und nichtig ſey. Z. E. Es hat ein teſtator Caſparn zum Erben eingeſetzt, es giebt aber viele Caſpars, und dahero weiß niemand, an welchen der teſtator bei Verfertigung ſeines Teſtaments gedacht hat. Wenn aber die Perſon ex poſt facto certa werden kan, welche ietzo incerta iſt: ſo iſt alsdenn die Einſetzung zum Erben vollkommen gültig. Z. E. Wenn einer in ſeinem Teſtament ſetzet, derjenige ſoll mein Erbe ſeyn, welcher in künftigen Jahre Burgemeiſter werden wird: da ſiehet ein ieder leichte, daß ob gleich ietzo die Perſon ungewiß iſt, dieſelbe doch einmal gewiß werden kan, §. 26. 27. *Inſt. de Legat.* Und nun ſind wir geſchickt, die Urſache anzugeben, warum heut zu Tage eine Erbſchaft den Armen, Kirchen, Städten, und andern Corporibus hinterlaſſen werden kan. Bei den Teutſchen hat man ſich ohnedem in dieſen Dingen ſehr wenig an die Römiſchen Rechte gekehret. Alſo gieng es bei den Römern nicht an, daß einer einen von ihren Göttern zum Erben einſetzen konte, welches deswegen geſetzet war, damit die Güter, welche zu dem Gebrauch der Bürger gewidmet waren, nicht der Verſchwendung der Prieſter möchten unterworfen ſeyn. Nach und nach fing man unter den Keiſern an, hierin eine Veränderung zu machen, und damit den Götzen etwas möchte hinterlaſſen werden können, gab man ihnen aus einer lächerlichen Freigebigkeit das ius trium liberorum, wie DIO CASSIVS *lib. LV. Hiſt. Impp.* p. 629. berichtet. Daß dergleichen ius trium liberorum dem *Iovi Tarpeio* gegeben wor-

den, erzehlet VLPIANVS *in Fragment. Tit. XXV.* §. 6. Ueber welche Stelle PETRVS FABER *lib. III. Semeſtr.* c. 1. & ſeqq. einen herrlichen Commentarium geſchrieben hat. Wir übergehen andere Stellen der alten Schriftſteller, woraus dieſes erhellet, gefliſſentlich. Den Collegiis und Corporibus konte ehemals auch nichts überlaſſen werden: welches ſich aber heut zu Tage geändert hat, da alle collegia und corpora licita können zu Erben eingeſetzet werden, hingegen ſolches bei den collegiis illicitis nicht angehet. Es werden aber alle collegia und corpora pro licitis gehalten, welche von dem Landes-Fürſten beſtättiget ſind, und privilegia erhalten haben. Dagegen collegia illicita diejenigen ſind, welche dergleichen Beſtättigung und privilegia nicht haben, ob dieſelben gleich ſonſt moraliter licita ſind, z. E. collegium tauficum. Die Armen und Kirchen konten ehemals auch nicht zu Erben eingeſetzet werden: aber die neuern Rechte haben hierin Erlaubnis dazu gegeben, und da finden wir ſonderlich, daß bei den Teutſchen und andern Völckern die Leute darin recht verſchwenderiſch geweſen, da ſich welche gefunden, welche GOtt, Chriſtum, die Jungfrau Maria und die Heiligen zu Erben eingeſetzet haben: daher denn auch die teſtamenta ad pias cauſſas ſolche ungemeine privilegia erhalten haben.

§. 539. 540. Da wir nun bishero gezeiget haben, was für Leute zu Erben können eingeſetzet werden: ſo iſt das nächſte, welches wir abhandeln müſſen, daß wir betrachten, welche Perſonen nicht können zu Erben eingeſetzet werden. Es giebt derſelben zwo Arten. Alii enim prohibentur ſimpliciter: und dergleichen Perſonen können in keinem einzigen Falle zu Erben eingeſetzet werden. Alii prohibentur ſecundum quid, und dieſe werden nur in einigen Fällen für untüchtig gehalten, eine Erbſchaft als Erben zu bekommen. Simpliciter prohibentur 1) filii perduellium, L. 5. §. 1. *Cod. ad L. Iul. Maieſt.* GVNDLING in diſſ. *de Lege Iulia Maieſtatis* p. 103. Denn dieſes Geſätz, welches ſo ſtrenge, und gleichſam mit Blut und Tode geſchrieben iſt, ſetzet die Kinder eines perduellis in einen ſolchen ſchlechten Zuſtand, daß dieſelben nicht allein von der väterlichen und mütterlichen Erbſchaft ausgeſchloſſen werden: ſondern befihlet auch, daß ſie nicht einmal von einem extraneo etwas erben ſollen. Wir haben aber mit Bedacht geſaget, filii perduellium prohibentur: und alſo gehet dieſe Verordnung nur auf die Söhne, nicht aber auf die Töchter. Denn die Töchter der perduellium ſind in etwas melioris conditionis, und denſelben kan von den aſcendentibus maternis die legitima hinterlaſſen werden. L. 5. *Cod. ad* L. *Iul. Maieſt.* Simpliciter etiam prohibentur 2) apoſtatæ, hæretici, Iudæi. Was die apoſtatas und hæreticos betrift: ſo haben wir davon ſchon oben an gehörigen Orte geredet. Was die Jüden betrift, ſo können weder dieſelben, noch auch die uni-

ver-

verſitas Iudæorum zu Erben eingeſetzet werden: welches iedoch von den Teſtamenten der Chriſten zu verſtehen iſt. Denn daß ein Jude den andern, oder auch die Synagoge zum Erben einſetzen könne, daran iſt gar kein Zweifel. Man hat auch viele Exempel, da einige reiche Juden die Synagoge bei den reichſten Erbſchaften zu Erben eingeſetzet haben, und man hat nicht gehöret, daß der fiscus ſich der Erbſchaft ſolte bemächtiget haben. Denique ſimpliciter prohibentur 3) collegia & corpora illicita, L. 8. *Cod. h. t.* Es werden hier collegia und corpora illicita nicht moraliter verſtanden, quæ contra bonos mores ſunt, e. g. collegia furum, latronum &c. Sed quæ a principe non ſunt confirmata. Wenn dahero ein collegium muſicum zum Erben eingeſetzet würde; ſo iſt zwar daſſelbe moraliter kein corpus illicitum: allein, weil es nicht von dem Landes-Herrn beſtättiget iſt: ſo würde daſſelbe keinen Theil der Erbſchaft bekommen können. Alſo waren die angeführten Perſonen ſimpliciter hereditatis incapaces. Secundum quid & certis caſibus inſtitui nequit α) princeps, quoties id ſcilicet fit litis cauſſa, ut inimicis noſtris adverſarius potentiſſimus obiiciatur. Von dieſer Sache haben wir die ſchöne Rede der Keiſer *Severi* und *Antonini* übrig, in §. 8. *Inſt quib. mod. teſtam. infirm.* ubi digna illa principe vox occurrit, *licet legibus ſoluti ſimus, tamen legibus vivimus.* Es verdienet davon die ſchöne diſſertation des ſel. Geh. Rath GVNDLINGS *de principe herede ex teſtamento civium* nachgeleſen zu werden. Dieſes kan aus den Stellen DIODORI SICULI *lib. XVII.* c. 7. LIVII *lib. XXVI.* c. 26. IVSTINI *lib. III.* c. 2 CLAVDIANI *in* IV. *Conſul. Honor.* v. 296. erläutert werden. FORNERIVS *lib. II. rer. quotid.* c. 8. GVNDLING *de Principe herede* c. 4. Es hatten dieſes auch ſchon ehemals *Auguſtus* und *Tiberius* gethan. SVETONIVS *in Aug.* c. 66. TACITVS *lib. II Annal.* c. 48. wie denn auch PLINIVS *in Panag.* c. 43. von *Traiano* rühmet: *Non tu falſis, non tu iniquis tabulis advocaris: nullius ad te iracundia, nullius impietas, nullius furor confugit, nec quia offendit alius nuncuparis, ſed quia ipſe meruiſti.* Und IVLIVS CAPITOLINVS *in vita Pertinac.* c. 7. ſchreibet von dieſem Keiſer, welches hierher gehöret, alſo: *Ipſe profeſſus eſt, nullius ſe aditurum hereditatem, quæ aut adulatione alicuius delata eſſet, aut lite perplexa, aut legitimi heredes & neceſſarii privarentur: addiditque Scto; Sanctius eſt inopem remp. obtinere, quam ad divitiarum cumulum, per diſcrimina & dedecoris veſtigia pervenire.* Secundum quid porro inſtitui non poteſt β) coniux ad ſecunda vota tranſiens, wenn demſelben mehr verlaſſen wird, als einem von den Kindern erſter Ehe. Denn die ſecundæ nuptiæ waren ehemals ſehr verhaßt, und dahero ſuchten die Geſätze den Kindern erſter Ehe ihren Vortheil zu befördern, damit dieſelben nicht um ihre väterlichen oder mütterlichen Güter möchten gebracht werden. γ) Ferner konten die liberi und parentes inceſtuoſi unter ſich nichts aus

den Erbschaften erhalten: ja es ging dieses nicht einmal *d*) bei den liberis naturalibus an. Denn die Kinder, welche mit einer Beischläferin waren erzeuget worden, konten von dem Vater nicht zum Erben eingesetzet werden: es wäre denn gewesen, daß er keine ächten Kinder hätte erzeuget gehabt. L. 1. 2. *Cod. de lib. natural. Novell.* L. XXXII. c. 1. 2. Nachgehends wurde zu ihren Faveur eingeführet in *Authent. Licet Cod. de natural. liber.* vt etiam extantibus liberis & parentibus legitimis, naturales pro parte heredes esse possent, & quidem extantibus liberis ex uncia, extantibus parentibus ex octo vnciis. Letzlich konten *e*) der Ehebrecher und die Ehebrecherin von einander nicht zu Erben eingesetzet werden. Wenn also diese Personen einander im Testament etwas verlassen hatten: so nahm solches ihnen der fiscus, als unwürdigen hinweg, welches auch noch heut zu Tage also beobachtet wird. L. 13. D. *de his, quæ vt indign. auffert.*

§. 541. Der erste Theil dieses Titels ist nunmehro zu Ende gebracht: ietzo folget der andere, welcher in der Frage bestehet: quomodo as hereditarius sit dividendus? As ist ein Griechisch Wort, und bedeutet so viel als vnum totum, integrum vel indivisum. Das Griechische Wort ἂς wurde von den Doriern und Siciern αἷς und ὰς ausgesprochen, woraus denn der Lateiner as entstanden ist. As heisset sonst libra, weil die ersten asses librales waren, wie SCALIGER *ad* VARRONEM *de Lingua Latina lib. IV.* p. 42. gar schön gewiesen hat. Und Q. RHEMMIVS VANNIVS PALÆMON saget davon in *Poematio de ponderibus & mensuris: quæ sit divisio libræ, sive assis; nam sic legum dixere periti.* Bei CICERONE *lib. VII. ep. 11.* PLINIO *lib. XXXIII. c. 13.* wird es libella genennet. SALMASIVS *de modo usurarum* c. 6. Es hieß aber eigentlich as solidum & universitas; Also war heres ex asse vel libella solus heres; in assem vendere hieß totum vendere. Alles dasjenige was das gantze Jahr an Zinsen solte gezahlet werden, hieß assis usuraria: und derohalben nennete man auch die gantze Maße der Erbschaft assem hereditariam. Ein iedes as wurde von den Römern in XII. vncias getheilet, welche von der ersten bis auf die Zwölfte mit ihren besondern Namen beleget wurden, wie folget:

1) Wenn einer eine vnciam $\frac{1}{12}$ bekam: so hieß er heres ex vncia.
2) Wenn einer zwei vncias $\frac{2}{12}$ = so hieß er heres ex sextante.
3) Wenn einer drei vncias $\frac{3}{12}$ = so hieß er heres ex quadrante.
4) Wenn einer vier vncias $\frac{4}{12}$ = so hieß er heres ex triente.
5) Wenn einer fünf vncias $\frac{5}{12}$ = so hieß er heres ex quincunce.
6) Wenn einer sechs vncias $\frac{6}{12}$ = so hieß er heres ex semisse.
7) Wenn einer sieben vncias $\frac{7}{12}$ = so hieß er heres ex septunce.
8) Wenn einer acht vncias $\frac{8}{12}$ = so hieß er heres ex besse.
9) Wenn einer neun vncias $\frac{9}{12}$ = so hieß er heres ex dodrante.

10) Wenn

10) Wenn einer zehen vncias $\frac{10}{12}$ . . so hieß er heres ex decunce.
11) Wenn einer eilf vncias $\frac{11}{12}$. = so hieß er heres ex deunce.
12) Wenn einer zwölf vncias $\frac{12}{12}$ . . so hieß er heres ex asse.

Der ehemalige Römische Rechtsgelehrte, VOLVSIVS MAECIANVS hat ein Buch *de asse* geschrieben, an dessen Urheber ehemals ALCIATVS *lib. I. Parerg.* c. 27. gezweifelt, welchen aber GRÆVIVS dem *Tomo II. Thesaur. Antiq. Rom.* eingesetzet, und GRONOVIVS seinem Buche *de pecun. veter.* p. 395. beigefüget hat. Also haben wir nun kurtz vorher die Namen gesehen, welchen die vnciæ haben: aber wie wird es alsdenn gehalten, wenn einer keine gantze vnciam, sondern nur z. E. $\frac{1}{24}$ erhält? Wir antworten darauf, ein solcher heisset heres ex semiuncia. Also auch, wenn einer ex quarta vnciæ parte zum Erben eingesetzet wird, und und also $\frac{1}{48}$ erhält: so heisset er heres ex sicilico. Es kommen noch andere dergleichen Wörter in unsern Rechten vor, die die Sache ausdrücken, welches aber gar selten geschiehet: daher wir dieselben auch hier geflissentlich übergehen.

§. 542. 543. Nachdem dieses abgehandelt worden: so ist auch gar leichte zu verstehen, wie die Erbschaft müsse getheilet werden, wenn der testator in derselben Eintheilung etwa einen Irrthum begangen hat. Wir haben hierbei auf ein axioma generale zu sehen: ita dividendam esse hereditatem, ne quid ex tota asse supersit. Quia nemo pro parte testatus & pro parte intestatus decedere potest, (§. 491. III.) earumque rerum naturalis inter se pugna est, L. 7. D. de regul. iur. so folget daraus, vt totus as hereditarius inter heredes dividendus sit. Denn sonst würde pars superflua den heredibus ab intestato zufallen müssen, und der testator würde also pro parte intestatus gestorben seyn, welches aber unsern principiis iuris zuwider seyn würde. Aus diesem axiomate machen wir nun folgende Schlüsse α) daß wenn einer nur in einem eintzigen Theile zum Erben eingesetzet worden, derselbe auch dem ohngeachtet die gantze assem hereditarium bekommen müsse. Z. E. der testator hat 30000 Rthl. verlassen, und hat Mevium in semisse zum Erben eingesetzet, aber keinen coheredem dabei ernennet, so bekömmt alsdenn Mevius alle diese 30000 Rth. L. 1. §. 2. D. *h. t.* Ferner folget daraus, β) daß wenn viele Erben eingesetzet worden, und keinen ein besonderer Theil zugeschrieben ist: so bekommen alle gleiche Theile, weil sonst von dem asse etwas übrig bleiben würde, welches die heredes ab intestato bekommen müsten, welches aber, wie wir kurtz vorher gezeiget haben, nicht geschehen kan. Wenn also ein testator, der 30000 Rthl. verlassen, sechs Erben eingesetzet, und nicht dabei gefüget hätte, wie viel ein ieder haben solte: so würde ein ieder von denselben 5000 Rthl. überkommen, wodurch also die gantze Erbschaft erschöpfet würde. Im übrigen ist hierbei wohl zu mercken, daß wenn

viele

viele Personen zusammen gesetzet sind, dieselben allezeit für eine einzige gehalten werden. L. 11. L. 13. D. h. t. Z. E. wenn der gedachte testator also im Testament gesetzet hätte: *Mevius* heres esto. *Lucius & Titius* heredes sunto, *Caius*, *Pamphilus*, *Sempronius & Marcus* heredes sunto: so müsten drei Theile gemacht werden, und da bekäme *Mevius* 10000 Rthl. *Lucius* und *Titius* ein ieder 5000. *Caius*, *Pamphilus*, *Sempronius* und *Marcus* ein ieder 2500. Rthl. Ferner fliesset auch daraus, γ) daß wenn noch etwas ex asse übrig ist, solches einem ieden von den Erben zuwachsen müsse, z. E. *Titius* verlässet 40000 Rthl. und setzet primum in semisse, secundum in quadrante zu Erben ein. Also sind noch 10000 Rthl. übrig, welche unter diese beeden coheredes getheilet werden, also daß primus doppelt so viel als secundus bekomme. So fließet auch daraus δ) vt si iustæ plures vnciæ distributæ sint, id quod deficit singulis pro rata decrescat: e. g. testator reliquit 12000 Fl. & primum instituit in semisse, secundum, tertium & quartum singulos in quadrante. Weil also hier ein quadrans fehlet, so muß derselbe einem ieden pro rata abgehen, und da bekömmt alsdenn primus 6000 fl. secundus 2000. tertius 2000. quartus 2000. eben so, als ob sie in sextante eingesetzet worden wären. Letzlich ε) folget daraus, vt si partes in quibusdam heredibus expressæ sint, in quibusdam non expressæ, hi posteriores accipiant, quod supereſt ex asse, vel si nihil supereſt ex asse, fiat dupondium, d. i. die Erbschaft wird in 24 Theile oder uncias getheilet. e. gr. Testator instituit primum in quadrante, secundum ex triente, tertium, quartum & quintum sine portione expressa, heredes scribit, & massa hereditaria est 12000 fl. renor. Da bekömmt alsdenn primus 3000. secundus 4000. und weil noch 5000 übrig sind: so werden dieselben unter die übrigen Erben, denen kein Theil zugeschrieben ist, zu gleichen Theilen getheilet. Hingegen, wenn der testator im Testament gesetzet hat, primus heres esto ex triente, secundus ex triente, tertius ex triente, præterea quartus heres esto; so bekömmt primus 2000. secundus 2000. und tertius eben so viel, quartus aber 6000.

§ 544. 545. Nunmehro ist noch übrig der dritte Theil dieses Titels, welcher de modis instituendi heredem handelt. Es geschiehet aber die institui o heredis vel pure, vel sub conditione, und dahero wird gefraget, ob solches nicht auch geschehen könne in diem oder ex die? Wir läugnen dieses, quia sic statim testator pro parte testatus pro parte intestatus decederet. Denn wenn einer im Testamen gesetzet hätte, *Titius* soll nach zehen Jahren Erbe seyn: so müste die Erbschaft bei den heredibus ab intestato so lange liegen bleiben, bis diese Zeit herbei käme, welches aber unsere Rechte keinesweges zu lassen. Jedoch ist ein anders von dem Falle zu sagen, si dies adiectus incertus sit, adeo, vt non constet, an unquam sit exiturus; huius-

eiusmodi enim dies incertus pro conditione habetur. Und dahero gilt dergleichen Einſetzung, wenn ein teſtator ſaget: an dem Tage, da *Titius* wird zum Bürgemeiſter gemachet werden, ſoll er mein Erbe ſeyn: ob er aber iemals werde Burgemeiſter werden, ſolches ſtehet dahin. Weil nun aber auch die Einſetzung des Erben unter einer Bedingung geſchiehet: ſo wird hier billig gefraget, was, und wie vielerlei die Bedingung ſey? Wir ſagen Conditio eſt circumſtantia, ex qua res ſuſpenditur tamquam ab incerto eventu: vnde facile patet, conditionem non eſſe, quæ in præteritum tempus confertur. Dieſes lieget klär am Tage: denn wie will wohl dasjenige können ungewiß ſeyn, welches nicht mehr in fieri, ſondern ſchon in facto iſt? Bisweilen wird es auch als eine Bedingung angeſehen und gehalten, wenn die Sache in Anſehung unſerer Wiſſenſchaft ungewiß iſt, dergleichen gar öfters bei den Wetten vorzukommen pfleget, z. E. dabisne centum, ſi portus S. Andreæ eſt occupatus. Ferner wird die conditio von den Rechtsgelehrten eingetheilet in poſſibilem & impoſſibilem: Allein dieſe Eintheilung iſt eben nicht alzu richtig, und ſchickt ſich auch gar nicht auf die Definition. Denn eine Bedingung iſt ein Umſtand, welcher eine Sache von einem ungewiſſen Ausgang aufſchiebet: impoſſibilis autem numquam conditionis eventus incertus eſt, quum iam tum conſtet, eam numquam adimplerum iri. Weil aber in übrigen dieſe Eintheilung in unſern Rechten noch ihren Nutzen hat: ſo wird dieſelbe auch billig angenommen.

§. 546. Poſſibilis conditio wird eingetheilet in poteſtativam, caſualem & mixtam. Poteſtativa wird genennet, welche in unſerer Gewalt iſt, und caſualis heiſſet, welche von einem Schickſale abhänget: hingegen heiſſet mixta, welche theils von einem Schickſale, theils von unſerer Gewalt abhanget. Allein wenn wir die Wahrheit bekennen ſollen, ſo iſt auch dieſe Eintheilung nicht eben die richtigſte, weil kein eintziges Beiſpiel von der conditione poteſtativa kan gegeben werden, wobei nicht die göttliche Vorſehung allezeit einen Strich durch die Rechnung machen kan.

§. 547. Was die conditionem impoſſibilem betrift, ſo iſt dieſelbe ebenfals dreyerlei. Denn es iſt dieſelbe entweder impoſſibilis vel natura, z. E. *Titius* ſoll Erbe ſeyn, wenn er wird die Saale austrincken; vel lege, z. E. *Mevius* ſoll Erbe ſeyn, wenn er *Caium* ermorden wird; vel bonis moribus repugnans, z. E. *Sempronius* ſoll Erbe, wenn er durch die Stadt nackend tantzen wird; vel perplexitate verborum, wenn die Worte einander ſo entgegen ſind, daß die Bedingung keinen Ausgang gewinnen kan, z. E. ſi Seius heres erit, Titius heres eſto; ſin Titius, Seius heres eſto. Was alſo, die Natur nicht zulässet, iſt phyſice impoſſibile: und was den guten Sitten nicht gemäß iſt, davon heiſſet es, quæ facta lædunt pietatem, exiſtimationem, ve-

recundiam noſtram, & ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, ea nec facere nos poſſe credendum eſt, L. 15. D. *de condit. inſtit.* So viele ſpecies conditionum ſind vorhanden, und doch kan eine neue Eintheilung hinzugethan werden, quod aliæ conditiones ſint adfirmativæ, e. gr. heres ſis meus, ſi uxorem duxeris: aliæ negativæ, e. gr. heres eſto, ſi religionem non mutaveris. Die letztern haben dieſe beſondere Eigenſchaft, daß ſie die Erbſchaft nicht aufſchieben, ſondern der eingeſetzte Erbe dieſelbe ſogleich erhalten kan, wenn er nur Caution beſtellet auf den Fall, daß wenn er gegen die im Teſtament geſchriebene Bedingung etwas thun würde, er dieſe Erbſchaft mit den Zinſen ſogleich wieder heraus geben wolle. Dieſe Caution hat von ihren Erfinder, dem berühmten Rechtsgelehrten, Q. *Mutio Scævola* den Namen bekommen, daß ſie cautio *Muciana* genennet wird, L. 7. *princ.* D. *de condit. & demonſtr.*

§. 548. 549. Nachdem wir bisher die Eintheilungen der unterſchiedenen Bedingungen, welche bei den Teſtamenten vorkommen können, durchgegangen haben: ſo wollen wir auch nunmehro die Regeln, welche dabei zu beobachten ſind, abhandeln. 1) Die erſte Regel iſt dieſe: conditio heredi ſuo adſcribi nequit, niſi poteſtativa, L. *ult.* D. *de condit. inſtit.* L. 4. *princ.* L. 5. L. 6. L. 86. D. *h. t.* Die Urſache davon iſt dieſe, weil die Geſätze den heredibus ſuis die Erbſchaft ſelbſt beſtimmet haben, und es dahero nicht in des Vaters Willen beruhet, ſeinen Sohn mit einer härtern Bedingung zu beſchweren. Sodann iſt auch dieſe Regel zu verſtehen von demjenigen, welches der Vater einem heredi ſuo über die portionem legitimam verläſſet. Denn die legitima kan weder beſchweret, noch mit einer Bedingung beleget werden, weil die Kinder dieſelbe nicht den Eltern, ſondern den Geſätzen zu dancken haben. 2) Conditiones poſſibiles qualescunque ab extraneo herede adimplendæ ſunt. Denn der teſtator iſt gleichſam ein Geſätzgeber, und kan alſo ſeinen Erben, welchen er einſetzet, ein ſolches Geſätzgeben, wie er will. Wobei doch aber wohl zu mercken iſt, daß wenn viele Bedingungen, die den Erben betreffen, mit einander verknüpfet ſind, ſelbige alle mit einander müſſen erfüllet werden. Sind ſie aber mit einander nicht verknüpfet: ſo iſt es genug, wenn nur eine davon, und zwar eine ſolche, welche der Erbe will, erfüllet wird. Z. E. der teſtator hat im Teſtament alſo geſchrieben: *Titius* ſoll mein Erbe ſeyn, wenn er beider Rechten Doktor werden, und meine Tochter heurathen wird; da muß der Erbe beides erfüllen, und muß Doctor werden, und auch die Tochter des teſtatoris zum Weibe nehmen. Hingegen, wenn der teſtator im Teſtament alſo geſetzet hätte: Sempronius ſoll mein Erbe ſeyn, wenn er entweder die Rechtsgelahrtheit treiben, oder meine Schweſter heurathen wird: ſo iſt es alsdenn genug, wenn er eins von

dieſen

dieſen beiden thut. 3) Si conditio ſimul a tertii arbitrio pendet, & hic in culpa eſt, quo minus ab herede adimpleri poſſit, pro adimpleta habetur. Alſo in dem vorher angeführten Falle, wo der teſtator dem Erben befohlen hatte, ſeine Schweſter zu heurathen, die Schweſter aber dem Erben einen Korb gäbe: ſo würde alsdenn der Erbe die Erbſchaft eben ſowol bekommen, als wenn er dieſe Bedingung in der That erfüllet hätte. 4) Conditio impoſſibilis pro non adiecta habetur. Wir finden davon ein ſchönes Exempel bei PETRONIO *in Satyrico* p. 157. alwo Eumolpus ſeine Erben folgendermaſſen eingeſetzet hatte: *omnes, qui in teſtamento meo aliquid habent, præter liberos meos, ea conditione accipient, quæ dedi, ſi corpus meum in partes conciderint, & adſtante populo comederint.* Hier konten die Erben ihre zugeſchriebenen Theile empfangen, ob ſie gleich dieſen delicaten Biſſen nicht gekoſtet hatten. Jedoch iſt dieſes hierbei merckwürdig, daß dieſe Sache ſich in contractibus gantz anders verhalte. Denn wenn bei denſelben eine conditio impoſſibilis hinzugefüget worden: ſo wird dieſelbe nicht für nicht hinzugeſetzet gehalten, ſondern es macht dieſelbe den Contract ſelbſt gantz null und nichtig, §. 10. *Inſt. de inutil. ſtipul.* L. 31. D. *de Oblig. & act.* Allein die Urſache dieſes Unterſchieds lieget gar helle am Tage. Denn ein Teſtament iſt ein actus unilateralis, und der Erbe williget niemalen in die unmögliche Bedingung, ſondern dieſelbe wird ohne ſein Wiſſen im Teſtament geſetzet. Hingegen iſt ein Contractus ein actus bilateralis, welcher beeder Einwilligung erfordert, wenn er anders gültig ſeyn ſoll. Wer alſo in eine unmögliche Bedingung einwilliget. Der iſt entweder nicht bei Sinnen geweſen, oder wenn dieſes ia geweſen iſt, ſo ſcheinet es doch, daß er nur geſchertzet habe: und in beeden Fällen iſt der Contrakt ungültig. 5) Conditio perplexa inſtitutionem reddit inutilem. L. 16. D. *de condit. inſtit.* L. 188. D. *de Reg. Iur.* denn wir haben oben (§. 547.) gezeiget, daß dieſelbe keinen Ausgang gewinnen könne. Dieſes aber kan von der præpoſtera conditione nicht geſaget werden. L. 27. *Cod. de teſtament.* Es wird aber præpoſtera conditio genennet, ſi particula tempus deſignans, per errorem linguæ vel calami, non iuſto loco poſita eſt, e. gr. ſi navis cras redierit, Titius hodie heres eſto. 6) Heres ante conditionem exiſtentem defunctus, hereditatem ad heredes non transmittit. Denn wie wolte einer ſeinen Erben wohl etwas verlaſſen können, welches er ſelbſt nicht gehabt hat? Daher ſind hier zwo Regeln zu mercken: ex ultima voluntate ſpes ad heredes non devolvitur: devolvitur autem ex contractu. Denn in contractibus wird es hier gantz anders gehalten, wie aus dem §. 4. *Inſt. de verbor. oblig.* zu erſehen iſt. Wenn dahero mich einer zum Erben eingeſetzet hätte, wenn das Schiff aus Oſtindien zurückkommen würde, ich aber vor deſſelben Rückkunft verſtürbe; ſo würden meine Kinder nichts bekommen

kommen können, obgleich das Schiff nach meinem Tode glücklich in den Hafen zurück gekommen wäre. Hingegen, wenn mir einer unter eben der Bedingung etwas verſprochen hat, ich aber indeſſen verſterbe: ſo muß auch meinen Kindern das Verſprechen gehalten werden, wann das Schiff glücklich nach Hauſe kömmt.

Tit. XV.

De Vulgari Subſtitutione.

§. 513.

Jetzo folget die Lehre von den Subſtitutionibus, welche bei den Römern ſehr gäng und gäbe waren, alwo man nicht allein den zweiten Erben, an ſtatt des abgehenden erſten, ſondern auch den dritten, vierten und mehrere einſetzte. Alſo leſen wir bei SVETONIO *in vita Auguſti* c. 101. daß *Auguſtus* erſtlich *Tiberium* und *Liviam* zu Erben eingeſetzet, hernach auch ſolches mit *Druſo Germanico* und deſſen Kindern gethan, worauf denn noch mehrere Anverwandten und Freunde gefolget. Und es ſaget APPIANVS *de bello civili lib. II.* p 843. *Solent Romani alteros heredes adſcribere, ſi forte contingat, priores hereditatem non adire.* Daß die teſtatores dieſes thaten, und dergleichen ſubſtitutiones machten, davon findet man eine doppelte Urſache, α) quia ob æs alienum latitans heredes inſtituti hereditatem ſemper repudiarent, idque ignominioſum veteribus videbatur. Die andere Urſache war, β) quia qui filios impuberes relinquebant, verebantur ne impuberes inteſtati decederent; daher ſie ſich pupillariter ſubſtituirten, welche ſie wolten.

§. 551. 554. Nunmehro können wir leichte die Definition und die Eintheilungen der Subſtitution verſtehen. Die Subſtitutio wird alſo definirt: eſt inſtitutio heredis ſecundi, (tertii, quarti &c.) in locum deficientis primi, L. 1. *princ.* L. 36. *princ.* L. 43. §. 2. D. *de vulg. & pupill. ſubſtit.* e. gr. Mevius heres eſto, ſi heres non erit, Sempronius heres eſto. Wir können aber bei die definition noch ſetzen, vel ulterioris gradus: denn der teſtator kan ſo weit ſubſtituiren, als er will, und mehrere Erben benennen, wie wir davon ein Exempel an dem Teſtament des Keiſers Auguſti geſehen haben, welcher viele an die Stellen der Vorhergehenden eingeſetzet hatte. Die Formula ſubſtituendi findet ſich in GAII *Inſtitut. Lib. II. Tit. IV.* §. 1. und lautet alſo: *Ille heres mihi eſto, quod ſi hereditatem meam adire nolucrit, illum ſubſtituo, ad quem hereditas mea debeat pertinere.* Es ſcheinet aber, daß dieſe Formel von

den

dem West-Gothiſchen Canzler ANIANO hinzugefüget worden, wie ALEANDER ad CAII *Inſtit. l c.* muthmaſſet: zum wenigſten iſt dieſelbe nicht beſtändig geweſen, wie aus vielen Stellen, die in den Pandekten vorkommen, erhellet, welche BRISSONIVS *de Form. pop. Rom.* p. 607. zuſammen getragen hat. Es wird aber die ſubſtitutio eingetheilet in directam & fideicommiſſariam. Directa ſubſtitutio geſchichet verbis directis vel imperativis, wenn der teſtator per modum imperii, oder befehlsweiſe etwas verordnet. Fideicommiſſaria ſubſtitutio geſchichet verbis precativis, ſeu obliquis, oder bittweiſe, z. E. Mevius ſoll Erbe ſeyn, ich bitte denſelben aber, daß, wenn er ohne Kinder verſterben wird, er die Erbſchaft Sempronio hinterlaſſe. Allein dieſe ſubſtitutio fideicommiſſaria iſt eigentlich keine ſubſtitutio; denn ſie iſt keine vulgaris, weil dieſelbe auf den Fall geſchichet, wenn einer nicht Erbe ſeyn wird: ſie iſt auch nicht pupillaris, weil alſo den Erwachſenen kan ſubſtituiret werden. Es iſt nun aber doch einmal unter den Rechtsgelehrten ſo angenommen worden, daß ſie eine fideicommiſſariam ſubſtitutionem behaupten. Von gröſſern Nutzen iſt die andere Eintheilung der Subſtitution, nemlich in vulgarem & pupillarem. Vulgaris iſt, wenn ein ieder teſtator einem ieden Erben einen andern auf dem Fall ſubſtituirt, wenn jener nicht Erbe ſeyn kan: hingegen iſt pupillaris ſubſtitutio, wenn der Vater ſeinem filio impuberi auf dem Fall einen Erben ſetzet, wenn er Erbe ſeyn, aber in den annis pubertatis verſterben wird. Der Unterſchied unter dieſen Gattungen der Subſtitution iſt dreifach. Denn α) iſt allen teſtatoribus erlaubet, vulgariter zu ſubſtituiren, pupillariter aber können nur die Väter ſubſtituiren. β) Vulgariter wird allen und ieden Erben ſubſtituiret; pupillariter aber nur den liberis impuberibus. γ) Vulgariter wird nur ſubſtituiret in caſum negativum, wenn einer nicht Erbe ſeyn wird: hingegen wird pupillariter in caſum adfirmativum ſubſtituiret, wenn einer Erbe ſeyn, aber intra annos pubertatis verſterben wird. Endlich wird auch die ſubſtitutio eingetheilet in expreſſam & tacitam. Expreſſa ſubſtitutio iſt, welche durch Worte deutlich ausgedrücket wird: tacita, wenn eine unter der andern verſtanden wird. Denn es wird allezeit unter der pupillari ſubſtitutione auch die vulgaris verſtanden, und unter der vulgari wird auch die pupillaris begriffen, ſi impuberi vulgariter ſit ſubſtitutum, L. 4. D. *h. t.*

§. 555. Dieſes ſind die Eintheilungen der ſubſtitution; nun aber wird in gegenwärtigen Titel zuerſt von der vulgari ſubſtitutione gehandelt. Weil nun dieſelbe auf den caſum negativum geſchiehet, wenn einer nicht Erbe ſeyn wird: ſo entſtehet hier die Frage: ob dieſes von dem Falle zuverſtehen ſey, wenn einer nicht Erbe ſeyn will, oder wenn einer nicht Erbe ſeyn kan? Bei Beantwortung dieſer Frage müſſen wir folgende zwo Regeln wohl mercken:

1) verba, ſi heres non erit, ad utrumque caſum pertinent, quem Doctores vocant caſum voluntatis & impotentiæ: 2) ſi alteruter caſus expreſſus eſt, alter ſub illo tacite intelligitur. Wenn dahero z. E. der teſtator geſaget hat, filius heres eſto, ſi heres eſſe non poterit, Mevius heres eſto: ſo iſt es eben ſo, als ob er geſaget hätte, ſi heres eſſe noluerit. Dieſes nennen die Rechtsgelehrten caſum voluntatis, welcher auch den caſum impotentiæ in ſich begreifet: ſo auch umgekehrt ſich alſo verhält. Die Urſache lieget darin, quia præſumitur deficiente herede, teſtatorem noluiſſe inteſtatum mori. DVARENVS *ad tit. de ſubſtit.* c. 9.

§. 556. Wir wenden uns nun ohne Umſchweif zu den Folgerungen, welche aus der definition können gezogen werden. Wir haben geſaget, ſubſtitutio vulgaris eſt inſtitutio heredis ſecundi &c. Daraus folget, α) daß alle diejenigen können ſubſtituirt werden, welche man zu Erben einſetzen kan. Welche alſo keine Erbſchaft bekommen können, die können auch niemand ſubſtituiret werden. Ein Exempel davon anzuführen, ſo haben wir in den vorhergehenden Titel geſehen, daß die collegia illicita nicht können zu Erben eingeſetzet werden. Wenn alſo einer im Teſtament geſchrieben hätte, *Titius* ſoll mein Erbe ſeyn, wenn er aber nicht mein Erbe ſeyn wird: ſo ſoll das hieſige collegium muſicum ihm ſubſtituiret ſeyn. Wenn dergleichen geſchiehet: ſo iſt die ſubſtitutio null und nichtig, aus der Urſache, welche wir kurtz vorher angeführt haben. β) So folget auch aus unſerer obigen definition, poſſe plures in locum unius & unum in locum plurium, & ſingulos in locum ſingulorum ſubſtitui. Dieſe Sache iſt an und vor ſich ſelbſt klar genug, und bedarf dahero keiner Erklärung. Es folget auch γ) aus der definition, ipſos quoque coheredes ſibi invicem poſſe ſubſtitui, welches durch dieſe Formel geſchiehet: primus, ſecundus, tertius heredes ſunto, ſi unus ex his deficiat, reliqui ſubſtituti ſunto. Dieſe ſubſtitutio der coheredum wird reciproca, mutua und breviloqua, von den Doctoribus genennet. Aber weil auch ohne ſubſtitution des abgehenden Erbens den andern coheredibus zuwächſet: ſo erhellet daraus, daß dergleichen ſubſtitution mehrentheils überflüßig ſey.

§. 557. Aus eben dieſer definition folgern wir, δ) ſubſtitutum in dubio ad eandem partem vocatum intelligi, ad quam vocatus eſt inſtitutus, quippe in cuius locum ſuccedit. Wenn dahero primus in ſextante, ſecundus, tertius und quartus ex quadrantibus, quintus itidem ex ſextante; & primo ſubſtitutus ſit ſextus, ſecundo ſeptimus, & ſic porro: tum ſextus deficiente primo accipiet ſextantem, ſeptimus deficiente ſecundo quadrantem, & ſic porro. ε) Iſt auch dieſes eine ſichere Folge, daß die ſubſtitio vulgaris in zween Fällen aufhöre, 1) wenn der ſubſtitutus eher, als der teſtator geſtor-

ſtorben, und 2) wenn der eingeſetzte Erbe die Erbſchaft angetreten. Und ſo tragen die Doctores die Sache gemeiniglich vor: allein der Herr PAGENSTECHER *in Aphorism ad Inſt. h. t.* hat zuerſt angemercket, daß in unſern Rechten auſſer dieſen noch zween Fälle vorkommen, nemlich a) ſi heres in adeunda hereditate contumax fuerit. *Nov.* I. c. 1. b) ſi minor hereditatem adierit, & poſtea reſtitutionem in integrum impetraverit. Denn daß auch in dieſem Falle die ſubſtitutio hinwegfalle, ſolches lernen wir aus dem L. 7. §. 10. D. *de minor.*

§. 558. Es iſt noch die letzte concluſio übrig, welche die Rechtsgelehrten alſo ausdrücken, ℈ ſubſtitutus ſubſtituto intelligitur, etiam ſubſtitutus inſtituto, §. 3. *Inſt. h. t.* Der Caſus iſt dieſer. Wenn der teſtator geſetzet hat, primus heres eſto, ſi heres non erit, ſecundus heres eſto, ſi nec ſecundus heres erit, tertius heres eſto. Nun iſt aber nach Abſterben des teſtatoris ſecundus geſtorben, und primus hat die Erbſchaft nicht annehmen wollen, dahero wird gefraget, ob tertius zur Erbſchaft zuzulaſſen? Der Zweifels-Grund hierbei iſt, daß tertius primo nicht, ſondern ſecundo ſubſtituirt worden, und nichts deſtoweniger wird er doch zugelaſſen, quia ſubſtitutus ſubſtituto etiam ſubſtitutus inſtituto intelligitur. Denn da wir oben (§. 555.) erinnert haben, daß es einen bei den Römern zur Schande gerechnet worden, wenn er keinen Teſtaments-Erben gehabt: ſo ließ man deswegen alle ſubſtitutos zur Erbſchaft, damit die Teſtamente nicht hinfallen möchten.

Tit. XVI.

De Pupillari Subſtitutione.

§. 559.

Bishero iſt von der ſubſtitutione vulgari geredet worden, deren Unterſchied von der pupillari wir bei den obigen Titel angezeiget haben, dahero wir iezo nur die definition derſelben betrachten wollen. Subſtitutio pupillaris eſt, quando pater liberis impuberibus, in poteſtate ſua conſtitutis, & in alterius poteſtatem, eo mortuo, non recaſuris, ſubſtituit in eum caſum, ſi intra pubertatis annos deceſſerint. Fragen wir nach dem Urſprunge dieſer ſubſtitution: ſo läuanen die gelehrten Männer, VINNIVS *ad Inſtit. h. t.* SCHULTINGIVS *ad* CAII *Inſtitut.* OTTO *in Comment. ad Inſtit. h. t.* p. 283. daß dieſelbe aus den LL. XII. *Tabb.* herkomme. Allein dieſen gelehrten Leuten iſt die Urſache davon verborgen geweſen, oder ſie iſt von ihnen nicht recht eingeſehen worden. Denn der Lex XII. *Tabb.* ſagte: *Pater familias uti legaſſit ſu-*

ſuper pecunia tutelave ſuæ rei, ita ius eſto. Nun aber haben wir öfters erinnert, daß die Kinder in Anſehung des Vaters für res gehalten worden, nicht aber vor Perſonen (§. 135.). Wenn dahero der Vater ſeinem Sohne einem Erben ſetzet, oder ſubſtituirt, manifeſto legat ſeu diſponit de pecunia ſuæ rei: und dahero iſt kein Zweifel, daß die ſubſtitutio pupillaris aus den Geſätzen der zwölf Tafeln herzuholen iſt. Die pupillaris ſubſtitutio enthielte gleichſam ein doppeltes Teſtament in ſich: ſintemalen ſich der teſtator erſt einen Erben, hernach ſeinem filio impuberi einen auf den Fall ſetzte, wenn der Sohn intra annos pubertatis verſterben würde, L. 2. §. 4. D. *de vulg. & pupill.* L. 25. D. *qui teſtam. fac. poſſ.* §. 2. *Inſt. h. t.* Solche ſubſtitutio geſchahe mit folgender Formel: *Ille filius, ſi intra pubertatem deceſſerit, illum ſubſtituo.* CAIVS *Inſtit. Lib. II. Tit. IV.* §. 2. HORATIVS *lib. II. Serm.* 5.

Si cui præterea validus male filius, in re
Præclara ſublatus aletur, ne manifeſtum
Cælibis obſequium nudet, te leniter in ſpem
Arrepe officioſus, & ut ſcribere ſecundus
Heres, ut ſi quis eaſus puerum egerit orco
In vacuum veniat.

Vornemlich aber finden wir, daß die ſubſtitutio am Ende der Tafeln geſchrieben, und dieſelbe beſonders geſiegelt worden. Daher denn auch die letzten Verſe, welche die pupillarem ſubſtitutionem in ſich begriffen, tabulæ ſecundæ genennet wurden. BARNABAS BRISSONIVS *lib. III. Select. Antiq Roman.* c. 12. p. 54. Dieſes geſchahe deswegen, ne ſubſtiturus heres pupillo ſtrueret inſidias, malletque rapere hereditatem, quam incertam exſpectare. Alſo ſaget HORATIVS *c. l.*

\- - - *Quid prima ſecundo*
Cera velit verſu.

Ueber welche Worte ACRONIS und PORPHYRIONIS *Scholia* können nachgeleſen werden. Eben dieſes wurde bisweilen bei den vulgaribus ſubſtitutionibus beobachtet, wohin gehöret, was SVETONIVS *in Cæſare* c. 83. ſchreibet: *Noviſſimo teſtamento tres inſtituit heredes, ſororum nepotes,* C. *Octavium ex dodrante & L. Pinarium & Q. Pædium ex quadrante, reliquo, in ima cera. C. Octavium etiam in familiam nomenque adoptavit.* Beſiehe hiervon SALMASIVM *de modo uſurarum* c. 11.

§. 560. Wir haben nun die definition und den Urſprung dieſer definition betrachtet, daher wir anjetzo weiter zu den axiomatibus gehen wollen, wel-

welche uns gedachte definition an die Hand giebet. Wir haben hierbei vornemlich auf drei axiomata zu ſehen: 1) Fundamentum ſubſtitutionis pupillaris eſt patria poteſtas. Dieſes axioma iſt deswegen deutlich und klar, weil die LL. XII. *Tabb.* nur dem Vater erlauben, daß er de pecunia ſuæ rei diſponiren kan, nicht aber einem extraneo. 2) Eius cauſſa eſt ætas immatura, intra quam teſtamentum condi nequit. Denn da die impuberes ſelbſt keine Teſtamente machen können (§. 516. VIII.): ſo ſchiene den Römern billig zu ſeyn, an deren ſtatt dem Vater ſolches zu erlauben, welche Urſache hinweg fällt, wenn die Kinder ad pubertatem gekommen ſind. 3) Subſtitutio pupillaris eſt duplex teſtamentum, §. 2. *Inſt. h. t.* Es muß aber dieſes recht verſtanden werden. Es iſt nicht duplex teſtamentum ratione formæ ſeu ſolemnitatum, indem dazu nicht mehr als ſieben Zeugen erfordert werden, ſondern es iſt duplex ratione paternæ & heredis inſtitutionis. Denn a) machet ſich der Vater ſelbſt ein Teſtament, und ſetzet ſeinen Sohn zum Erben ein: b) hernach macht er auch ein Teſtament für ſeinen Sohn, und ernennet demſelben einen Erben, auf dem Fall, wenn er intra annos pubertatis verſterben wird.

§. 561. Nach feſtgeſetzten axiomatibus müſſen wir ſehen, was aus einem iden vor Folgerungen herflieſſen. Denn weil die väterliche Gewalt der Grund dieſer ſubſtitution iſt (§. 559. I): ſo folget daraus α) daß die Mutter auf ſolche Art nicht ſubſtituiren kan, als welche die Kinder niemals in ihrer Gewalt hat. Es wird zwar niemand der Mutter dieſes abſprechen können, daß dieſelbe ihren Kindern vulgariter ſubſtituiren kan: aber, wie wir ſchon erinnert haben, ſo gehet dieſes pupillariter nicht an. Daraus folget ferner, β) daß der Vater nicht einmal ſeinen emancipirten Kindern ſubſtituiren könne. Denn da dieſelben aus der väterlichen Gewalt iſt: (§. 559. I.) ſo erhellet von ſelbſten, daß dergleichen ſubſtitution nicht gelte, welches auch von den poſtumis zu ſagen iſt. Es kan auch einem poſtumo ſubſtituirt werden, und der ſubſtitutus kan die Erbſchaft bekommen, ob gleich der poſtumus nicht geboren wird: weil man den vergeſſenen Fall für ausgedrückt hält, L. 4. *Cod. de poſt. hered.* CICERO *lib. I. & II. de Orat.* Davon ſchreibet QVINCTILIANVS *lib. VII. Inſtit. Orat.* c. 6. *In teſtamentis & illa accidunt, ut voluntas manifeſta ſit, ſcriptum nihil ſit, ut in iudicio Curiano, in quo nota* L. *Craſſi & Scævolæ fuit contentio. Subſtitutus heres erat, ſi poſtumus ante tutelæ ſuæ annos deceſſiſſet. Non eſt natus. Propinqui ſibi bona vindicabant. Quin dubitaret, quin ea voluntas fuiſſet teſtantis, non nato filio heres eſſet, qui mortuo? Sed hoc non ſcripſerat.* So folget auch daraus, γ) daß auch nicht einmal der Groß-Vater den Enckeln ſubſtituiren könne, welche nach ſeinem Tode wieder unter ihres Vaters Gewalt fallen. Denn es werden dieſelben nach Abſterben ih-

res Groß-Vaters keine perſonæ ſui iuris, und dahero kan auch niemand anders ihr Erbe ſeyn, als ihr Vater. Jedoch war in dem *Lege Velleja* verſehen, daß wenn der Groß-Vater den Enckel entweder zum Erben einſetzte, oder auch denſelben enterbete, er ihm auch pupillariter ſubſtituiren könne, und dieſe ſubſtitutio hieß ex formula *legis Vellejæ*. Dieſe Formel war folgende: Filius meus heres eſto, ſi hic me vivo deceſſerit, nepos ex eo heres eſto, & ſi h c intra annos pubertatis moriatur, Iavolenus ſubſtitutus eſto, L. 2. *princ.* D. *h. t.* Aus unſerm axiomate flieſſet ferner, δ) daß der Vater auch ſeinem Sohne, den er enterbet hat, ſubſtituiren könne, L. 1. §. 2. L. 10. §. 5. D. *h. t.* Der Grund dieſer ſubſtitution iſt, wie wir ſchon erinnert haben, die väterliche Gewalt, welche durch keine Enterbung aufgehoben wird. Es möchte hier iemand einwenden, daß ein Enterbter keine Güter hätte, und dahero auch keine ſubſtitutio ſtatt finden möge. Aber, ob ein ſolcher gleich keine Güter von dem Vater her hat, und von der väterlichen Erbſchaft ausgeſchloſſen iſt: ſo kan er doch viele bona adventitia haben, welche z. E. von ſeiner Mutter herkommen, und in welchen die ſubſtitutio eben ſowol, als bei den väterlichen ſtatt findet. Endlich folget aus unſern axiomate, ε) daß die ſubſtitutio aufhöre, wenn der Sohn noch bei Lebzeiten ſeines Vaters emancipirt, oder nach deſſen Tode adrogirt worden iſt. Denn gleichwie in dem erſten Falle die väterliche Gewalt gantz und gar aufhöret, in Kraft welcher ſonſt der Vater dem Sohne ſubſtituiren kan: alſo iſt in dem letztern Falle der Sohn nicht mehr ſui iuris, und derohalben kan er keinen andern Erben haben, als denjenigen, von welchen er iſt arrogirt worden.

§. 562. Die vorher angeführten Folgerungen haben wir aus dem erſtern axiomate gezogen, ietzo kommen wir auf das andere axioma, welches iſt: cauſſa huius ſubſtitutionis eſt ætas immatura, intra quam teſtamentum condi nequit (§. 559. II.). Aus dieſem axiomate ſchlieſſen wir, ζ) daß einem Sohne nicht länger, als bis auf die annos pubertatis, obgleich auch auf eine kürtzere Zeit, ſubſtituirt werden kan. In L. 24. D. *h. t.* kömmt ein Exempel von dieſer ſubſtitution vor: Si filius meus intra X annos deceſſerit, Seius heres eſto. Die Urſache iſt dieſe, weil der Sohn, wenn er die annos pubertatis erreichet hat, im Stande iſt, ſelbſt ein Teſtament zu machen, und dahero gar nicht nöthig iſt, daß der Vater an ſeiner ſtatt ein Teſtament mache. Wie aber wird es alsdenn gehalten, wenn die ſubſtitutio des Vaters bei dem Sohne ſich über die annos pubertatis erſtrecket? Soll da dergleichen ſubſtitution keine Gültigkeit haben? Wir antworten darauf, daß dieſe ſubſtitutio alsdenn als ein fideicommiſſum gelte, und es eben ſo viel ſey, als ob der Vater den Sohn gebeten hätte, daß er möchte *Seio* die Erbſchaft überlaſſen, L. 2. *Cod. de Legat.* Wir folgern daraus weiter, η) daß die ſubſtitutio aufhöre,

höre, ſo bald als der Sohn die annos pubertatis erreichet hat, quia nihil magis tam naturale eſt, quam ut ceſſante cauſſa & ceſſet effectus.

§. 563. Nun haben wir noch das letzte axioma auszuführen übrig, welches war ſubſtitutio pupillaris eſt duplex teſtamentum (§. 559. III.). Daraus ſchlieſſen wir, 9) daß der Vater dem Sohne nicht ſubſtituiren, oder für ihn teſtiren kan, wenn er nicht vorhero ſelbſt ein Teſtament gemacht hat, L. 2. §. 4. §. *ult.* D. *h. t.* §. 2. *Inſt. h. t.* Denn wie wolte wohl eine ſubſtitutio geſchehen können, wenn keine inſtitutio vorhergegangen wäre. So kan man auch daraus ſehen, *i*) daß ein ſubſtituirus alle Güter desjenigen, der in impubertate verſtorben iſt, bekommen müſſe, es mögen dieſelben von dem Vater oder von der Mutter herkommen: denn daß die ſubſtitution auf alle Güter des Sohns gehe, ſolches haben wir kurtz vorher erinnert. Wenn dahero die Mutter noch lebet, da ſich der Fall ereignet; ſo kan ſie nichts von der Erbſchaft, ja nicht einmal die legitimam bekommen, kan auch keine querelam inofficioſi anſtellen, weil ſie nicht von dem Sohne, ſondern von dem Ehemann iſt ausgeſchloſſen worden, welcher ihr keine legitima ſchuldig geweſen. L. 15. D. *de inoffic. teſtam.* Die meiſten Rechtsgelehrten halten dafür, daß hierin eine Unbilligkeit liege, und derohalben hat man auch in praxi angenommen, daß, ohne auf den Gegenſtand des Römiſchen Rechts eine Abſicht zu nehmen, die Mutter in dieſem Falle die legitimam bekommen müſſe. ZOESIVS *in Comment. ad Digeſta h. t.* §. 350. Letzlich ſchlieſſen wir auch daraus, *κ*) corruente patris teſtamento, corruere etiam ſubſtitutionem pupillarem. Denn dieſe ſubſtitutio iſt ein acceſſorium teſtamenti paterni: iam vero acceſſorium ſequitur ſuum principale.

§. 564. 565. Dieſe beeden ſpecies ſubſtitutionis vulgaris & pupillaris ſind in den Pandekten allein bekannt geweſen: allein man hat es dabei nicht bewenden laſſen, ſondern es iſt nachhero eine neue von dem Keiſer *Iuſtiniano* erfunden worden in L. 9. *Cod. de impub. & al ſubſtit.* Daher wird dieſelbe auch Iuſtinianea, exemplaris, & quaſi pupillaris genennet weil dieſelbe nach dem Exempel der Pupillar-Subſtitution eingeführet worden. Es kömmt dieſelbe aus der Liebe und Affection der Eltern zu ihren Kindern her, und da hat man folgendes axioma wohl zu mercken: Ubicunque parentes in ſubſtituendo agunt contra pietatem, ibi plane nihil egiſſe cenſentur. Dieſe ſubſtitutio iſt von der pupillari gar ſehr unterſchieden. Denn 1) geſchiehet die pupillaris ſubſtitutio bei den liberis impuberibus, die quaſi pupillaris bei den furioſis, mente captis, prodigis, ſurdis & mutis, etiam puberibus. 2) Pupillariter wird auch ſubſtituirt den enterbten Kindern: quaſi pupillariter aber kan den Kindern nicht anders ſubſtituirt werden, als wenn ſie zu Erben eingeſetzet worden. 3) Die pupillaris ſubſtitutio kan nur allein von dem Va-

ter verrichtet werden: hingegen die quasi pupillarem können alle adscendentes vornehmen, ja so gar der Mutter wird dieses zugelassen. 4) Pupillariter kan substituirt werden ein ieder extraneus: aber quasi pupillariter muß einer vor allen Dingen substituiren die Kinder eines furiosi, wenn er welche hat, und wenn diese nicht da sind, Brüder und Schwestern, fehlen diese, alsdenn einem ieden, welchen man will. 5) Die pupillaris substitutio höret mit der pubertate filii auf, aber die quasi pupillaris höret auf cessante furore seu corporis animique vitio. Aber, wenn nun das vitium hinwegfällt, sich aber nachgehends wieder einstellet, wie wird es alsdenn gehalten? Wir antworten, daß alsdenn die substitutio ebenfals aufhöre, wenn nur ein solcher ein dilucidum intervallum gehabt, und ein Testament gemacht hat. Denn daß er dieses thun kan, ist von uns oben (§. 516.) erinnert worden. Noch haben wir hierbei etwas anzumercken. Wir haben kurtz vorher gemeldet, daß die Eltern beiderlei Geschlechts quasi pupillariter substituiren können. Dabei entstehet die Frage: wie es gehalten werde, wenn beede Eltern quasi pupillariter substituiret haben? Darauf antworten wir, daß VASQVIVS *de Substitutionibus lib. II. Sect. XVII.* n. 39. seqq. der Meinung ist, daß die väterliche substitutio der mütterlichen müsse vorgezogen werden. Allein wir halten es mit SICHARDO *in Comment. ad Codicem*, welcher behauptet, daß die väterlichen Güter dem väterlichen substituto, die mütterlichen Güter aber dem mütterlichen substituto zufallen müssen.

§. 567. Endlich haben wir auch noch die substitutionem militarem zu mercken, welche die Rechtsgelehrte privilegiatam nennen. Wir haben oben (§. 502.) gesehen, daß den Soldaten, wenn sie Testamente machen, alle in den Rechten vorgeschriebene Solennitäten, und zwar sowol innerliche, als auch äusserliche, erlassen sind, dergestalt, daß sie pro lubitu testiren können. Ein gleiches ist nun auch zu sagen von der substitution, da sie ebenfals an keine Regeln gebunden sind, und dahero können sie auch ihren Kindern ultra pubertatem substituiren. Es stehet ihnen frei, einen extraneum zu substituiren, auf dem Fall, wenn sie Erben seyn werden, welches sich aber bei den paganis gantz anders verhält.

Tit.

Tit. XVII.

Quibus Modis Teſtamenta Infirmantur.

§. 568.

Unſer Keiſer *Iuſtinianus* hält in den Inſtitutionibus dieſe Ordnung gar richtig, daß wenn er eine Lehre vorgetragen hat, alsdenn ſogleich dasjenige, was ihr entgegen ſtehet, beibringet. Weil nun bishero von den modis, quibus teſtamenta fiunt, geredet worden iſt: ſo müſſen wir zunächſt ſehen, quomodo teſtamenta infirmentur. Wir finden hier eine groſſe Sorgfältigkeit, welche die alten Rechtsgelehrten angewendet haben, die Worte in dieſer Lehre von einander wohl zu unterſcheiden. Daher finden wir, daß einige Teſtamenta genennet werden nulla, andere iniuſta, andere rupta, andere irrita, andere deſtituta, und endlich andere reſciſſa, welche nicht mit einander müſſen vermiſchet werden.

§. 569. Zuerſt iſt zu mercken, daß einige teſtamenta ipſo iure nulla ſeyn, welches aus einer doppelten Urſache geſchehen kan. *α*) Wenn etwas bei Einſetzung des Erben nicht beobachtet worden, z. E. wenn entweder gar kein Erbe eingeſetzet, oder die Kinder übergangen worden. *β*) Wenn derjenige, welcher ein Teſtament gemacht hat, dazu ungeſchickt geweſen iſt, daß ihm die Geſätze ſolches nicht erlaubet haben, z. E. wenn ein impubes oder filius familias ein Teſtament gemachet hat, L. 1. D. *h. t.* Alſo entſtehet eine iede Nullität entweder aus der Perſon des teſtatoris, oder aus einem Fehler welcher bei der innerlichen Solennität vorgelaufen iſt.

§. 570. 571. Hernach iſt das teſtamentum iniuſtum zu mercken, da man dasjenige ſo nennet, quod non iure factum eſt, und daß ich es deutlich ſage, in welchen die äuſſerlichen Solennitäten, oder die ſolemnia iuris, wie ſie in L. 1. D. *h. t.* genennet werden, weggelaſſen ſind. Z. E. Es hat einer, der ein Teſtament gemachet hat, nur vier Zeugen dabei gebrauchet, oder das Teſtament iſt nicht in einem Contexte geſchrieben, oder ſonſt etwas unterlaſſen worden. Dieſes ſind die teſtamenta nulla & iniuſta, welche keine Wirckung haben. Denn da gilt weder die Einſetzung des Erben, ſondern es fallen auch die übrigen Stücke des Teſtaments hinweg, z. E. Legata, fideicommiſſa, donationes mortis cauſſa &c. und es iſt eben ſo, als ob der teſtator ohne ein Teſtament zu machen geſtorben wäre: wie denn die gantze Erbſchaft den heredibus legitimis zufallen muß. Bei dieſen beiden Teſtamenten findet die Regula Catoniana ſtatt: quæ ab initio nulla ſunt, ea ex poſt facto non convaleſcunt. Daher, wenn hernach die Hinderung hinwegfällt, derenthalber

das testamentum nullum & iniustum gewesen ist: so hilft dieses doch nichts, sondern das Testament bleibet nullum atque iniustum. Bisweilen aber pfleget es doch zu geschehen, daß die testamenta iniusta durch die clausulam codicillarem unterstützet werden, wenn nemlich der testator geschrieben hat: Si meum testamentum non valebit tamquam testamentum, tunc valeat ceu codicilli, vel quocumque modo valere possit. Diese Clausel hat eine solche Wirckung, daß wenn das Testament nur von fünf Zeugen ist unterschrieben worden, selbiges als ein Codicill gelte, und da wird die directa heredis institutio als fideicommissaria angesehen, auf eben die Art, als ob die Erben ab intestato wären gebeten worden, denjenigen die Erbschaft auszuhändigen, welcher in diesem Testament genennet worden. Wenn diese Clausul dabei ist: so gilt auch das Testament desjenigen, welcher keine Erben ab intestato hat, und ein Testament ohne Solennitäten verfertiget, wenn man nur weiß: daß dieses sein Wille gewesen ist. CORNELIVS *van* BYNKERSHOEK *in Observ. iur. Rom.* p. 114.

§. 572. 574. Drittens heisset es, aliquando testamentum rumpitur. Solches geschichet auf zweierlei Art, 1) per agnationem postumi, & 2) per posteriùs testamentum perfectum. Die agnatio postumi ist in unsern Rechten zweierlei, vel naturalis, vel civilis. Naturalis ist, wenn nach verfertigten Testament dem testatori ein Sohn oder Tochter geboren wird, der testator mag noch am Leben oder gestorben seyn. Denn wenn dieses postumi in dem Testament nicht Meldung gethan worden, so wird durch dessen Geburt das Testament sogleich rumpirt. Civilem agnationem nennen wir, wenn der testator nach gemachten Testament einen adrogirt oder legitimirt. CAIVS *Instit. Lib. II. Tit. III* §. 1. VLPIANVS *in Fragment. Tit. XXIII.* §. 3. L. 1. *Cod. de postum. hered. Nov.* 89. Denn diese, welche in die Gewalt des testatoris kommen, und in dem Testament übergangen worden sind, rumpiren dasselbe gleichfals. Von dem ersten Falle saget CICERO *pro Cæcina* c. 25. gar schön: *Cui filius agnatus sit, eius testamentum non esse ruptum iudica*, und *de Orat. lib. I. c. 57. Num quis eo testamento, quod pater familias ante fecit, quam ei filius natus est hereditatem petiit? nemo; quia constat agnoscendo rumpi testamentum.* Durch ein Testament, welches zuletzt gemachet worden, wird das erste rumpirt, wenn nur jenes richtig gewesen ist. Dieses ist so wahr, daß wenn man auch gleich bei dem ersten die clausulam derogatoriam findet, daß wenn nach diesen ein ander Testament gefunden würde, solches doch nicht gelten, sondern das erste den Vorzug haben solte: so wird dennoch darauf nicht regardiret, sondern das letzte hebet das erste auf, L. 27. D. de testam. Ja diese Regel hat noch ihre Kraft, wenn der testator gleich das erste Testament eidlich solte bestättiget und gesetzet haben, daß er

dieses

dieſes Teſtament nicht ändern wolle. Denn ob er gleich auf ſolche Art einen Meineid begangen hat: ſo kan doch das erſte Teſtament, wenn das letzte vorhanden iſt, keine Gültigkeit haben. Denn dieſes iſt eine Haupt-Regel, nemo poteſt ſibi legem dicere, a qua recedere non poſſit, L. 22. D. h. t. oder wie ſonſt die Rechtsgelehrten reden, voluntas hominis eſt ambulatoria uſque ad mortem, L. 4. D. *de adim. vel transfer. legat.* Die Urſache davon iſt dieſe, weil die teſtamentifactio ein actus unilateralis iſt, aus welchen niemanden ein Recht erworben worden: ſo ſtehet ihm auch nichts entgegen, welches machen ſolte, daß es nicht könte geändert werden. In contractibus aber verhält ſich die Sache gantz anders. QVINCTILIANVS *Declam.* 308. erkläret dieſes gar ſchön, wenn er ſaget: *Venio nunc ad meam legem, teſtamenta ultima rata ſint.* Und bald hernach: *Hæc manifeſta legis voluntas eſt, ut id teſtamentum valeat, poſt quod nullum teſtamentum eſt.* Aber, wie wird es alsdenn gehalten, wenn der teſtator zwar kein neu Teſtament gemachet hat, ſondern hat ſich nur vor einigen Leuten erkläret, er wolle nicht haben, daß ſein verfertigtes Teſtament gelten ſolle: wird das erſte Teſtament rumpirt? Wir antworten darauf, daß eine bloſſe Erklärung das Teſtament nicht aufhebe, wenn nicht drei Zeugen dabei geweſen, und von dieſer Erklärung an eine Zeit von zehen Jahren verlaufen iſt, L. 27. *Cod. de teſtamentis.* Denn hier gilt die Regel: nihil tam naturale eſt, quam eodem genere quidque diſſolvi, quo colligatum eſt, L. 25. D. *de Reg. Iur.* Denn es würde gewiß ungeſchicklich ſeyn, wenn man ein ſolennes Teſtament ohne Solennitäten wiederrufen wolte. Ein anders iſt zu ſagen, wenn einer ſein verfertigtes Teſtament zerriſſen, zerſchnitten, durchgeſtrichen, oder die Siegel abgeriſſen hat: denn da fällt das Teſtament ohne die geringſten Solennitäten hinweg, & in ſenſu propriiſſimo rumpitur. Allein, was ſoll man ſagen, ſi duo originalia reperiantur, & alterum merſum? Wir antworten darauf: alterum ſubſiſtit, L. fin. D. *de his, quæ in teſt. delent.* Im übrigen fällt in allen dieſen Fällen das Teſtament über den Haufen, und es hören auch alle deſſen Stücke auf. Es kan aber doch auf dreierlei Art unterſtützet werden, α) wenn der teſtator ſich in ſeinem letzten Teſtamente dahin erkläret, er wolle haben, daß das erſte gelten ſolle. Da hat alsdenn das erſte ſeine Gültigkeit als ein Fideicommiſſum, und als ob der im letzten Teſtament eingeſetzte Erbe wäre gehalten worden, daß er dem im erſten Teſtament eingeſetzten Erben, die Erbſchaft herausgeben ſolle, §. 3. *Inſt. h. t.* β) Wenn der poſtumus, welcher durch ſeine Geburt das Teſtament rumpirt, noch bei Lebzeiten des teſtatoris verſtirbt: tunc enim Prætor remoto impedimento dat bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas, L. 12. D. h. t. γ) Wenn der teſtator das letzte Teſtament durchſchnitten oder zerriſſen hat, das erſte Teſtament

aber

aber in seinem Zustande gelassen: so hat auch dasselbe seine Gültigkeit. Denn obgleich in diesem Falle das erste Testament ipso iure ruptum gewesen: so giebet doch der Prætor bonorum possessionem secundum tabulas, L. 11. §. 2. D. *de bonor. possess. sec. tab.*

§. 575. 576. Zum vierten wird auch ein Testament bisweilen irritum genennet, dahero gefraget wird, was dieses bedeuten solle? Wir antworten darauf, quoties testatoris status mutatur, id est, quoties capitis deminutionem passus est, sive maximam, sive mediam, sive etiam minimam, § 4. *Inst. h. t.* testamentum irritum vocatur. Denn in allen diesen Fällen heisset es, res incidit in eam caussam, a qua incipere, non potest. Denn durch die maximam capitis deminutionem wird der testator ein Knecht, und durch die mediam ein peregrinus, und durch die minimam ein filius familias. Alle diese Leute können bekanntermassen keine Testamente machen, daher auch ihre Testamente irrita werden, wenn sie welche gemacht haben. Hierbei wird die Frage aufgeworfen, ob auch dieses von dem ingressu in monasterium geschehe? ZORAIVS *ad Pandect. h. t.* läugnet dieses, weil a) das Closter mit einem postumo verglichen wird, *Auth. nisi rogati, Cod. ad SCtum Trebell.* b) Quia contingat capitis deminutio, *Auth ingressi, Cod. de S. S. Eccles.* c) Monasterium ingrediens se & sua transfert in monasterium, *Auth. eod.* Ob nun aber gleich ein testamentum irritum gantz und gar hinfällt: so kömmt doch der Prætor den eingesetzten Erben zu Hülfe, wenn nur der testator zu der Zeit seines Absterbens wieder ist geschickt gewesen, ein Testament zu machen. Wir wollen setzen, das Cicero, ehe er ins Elend getrieben worden, ein Testament gemacht: so wäre dasselbe irritum geworden. Weil er aber hernach wieder restituirt wurde, und hernach als ein Römischer Bürger verstorben: so konte der prætor aus dessen testamento irrito bonorum possessionem secundum tabulas geben, §. 6. *Instit. h t.*

§. 577. Zum fünften werden einige testamenta genennet destituta, wenn ein Erbe eingesetzet worden, er will aber oder kan nicht die ihm im Testament zugeschriebene Erbschaft antreten. Weil alsdenn aus diesem Testament kein Erbe da ist, tunc res redit ad caussam intestati, es ist so gut, als ob gar kein Testament wäre gemacht worden, und das gefertigte Testament fällt übern Hauffen §. 7. *Inst. de hered. quæ ab intestat.* Das erste, daß ein Erbe die Erbschaft zu Rom nicht antreten wollen, geschahe in Rom gar öfters, weil man nicht wuste, ob etwa grosse Schulden vorhanden waren, die da musten bezahlet werden, da es denn dem Erben sehr übel zu gehen pflegte. Bei uns heut zu Tage hat man davon gar seltene Exempel, weil das beneficium inventarii erfunden worden, da ietzo niemand gehalten ist, vltra vires hereditatis etwas zu zahlen, wenn einer nur ein richtiges Inventarium

tarium der Erbſchafts-Sachen hat verfertigen laſſen, wovon unten (§. 599.) umſtändlich ſoll gehandelt werden. Sind aber mehr Erben eingeſetzet worden, und der eine kan oder will nicht Erbe ſeyn: ſo heiſſet es hier nicht, res redit ad cauſſam inteſtati, ſondern deſſen Portion adcreſciret den übrigen. Ja wenn nur einer vulgariter ſubſtitutus iſt: ſo wird das Teſtament nicht einmal deſtituiret.

§. 578. Endlich wird von einigen Teſtamenten geſaget, daß ſie reſcindirt werden, welches durch die querelam inofficioſi teſtamenti geſchiehet, von welcher wir im folgenden Titel umſtändlich handeln wollen.

Tit. XVIII.

De inofficioſo teſtamento.

§. 579.

Da wir geſaget haben, daß die Teſtamente per querelam inofficioſi reſcindiret werden: ſo wollen wir von derſelben in gegenwärtigen Titel handeln, und deren Natur und Eigenſchaft genau betrachten. Die erſte Frage, welche hierbei zu erörtern vorkömmt, betrift derſelben Urſprung. Wenn wir fragen, wie iſt dieſelbe entſtanden? ſo dienet darauf zur Antwort, daß die Gelehrten in Beantwortung dieſer Frage gantz uneinig ſeyn. FRANCISCVS DVARENVS *in Prælect. ad h. t.* iſt der Meinung, daß dieſelbe ex conſtitutionibus principum herkomme. Allein es hat ſich derſelbe hierin gar ſehr geirret, weil ſchon CICERO zu Zeiten des freien Staats der Römer derſelben Meldung thut: überdem auch VALERIVS MAXIMVS *lib. VII.* c. 7. §. 5. meldet, daß dieſe Klage A. V. C. 542. bei dem Prætore C. *Calpurnio Piſone* angebracht worden; daß dieſer aber damals Prætor geweſen, ſolches hat STEPHANVS VINANDVS PIGHIVS *lib. IX. Annalium* p. 181. gezeiget. PITHOEVS *ad Collat. Leg. Moſ. & Rom. Tit. XVI.* §. 3. meinet, daß dieſe querela von den Prætoribus eingeführet worden ſey. Allein er hat ebenfals gefehlet, indem dieſe Klage nicht bei dem Tribunal des Prætoris, ſondern bei dem iudicio centumvirali angeſtellet worden, welches nur in cauſſis civilibus, nicht aber in prætoriis eine Gerichtbarkeit ausgeübet, wie aus CICERONE *de Orat lib.* I. c. 38. erhellet. Es dauert auch dieſe actio nicht, wie die andern actiones prætoriæ rei perſequutoriæ, quæ ad actum reſcindendum tendunt, nur ein Jahr, ſondern fünf Jahr. Hernach ſtehet auch in der Stelle PAVLLI *Lib. IV. Receptar. Sentent. Tit. VIII.* §. 5. dasjenige nicht, woraus PITHOEVS dieſes ſchlie-

ſet, und dahero verwerfen wir billig dieſe Muthmaſſung, abſonderlich, da auch VLPIANVS in L. 8. *princ.* D. *de poſſeſſ. bonor. contra tab.* ausdrücklich ſaget, daß der Prætor den Enterbten nicht zu Hülfe komme. Der groſſe CVIACIVS hat *lib. II. Obſerv.* c. 21. eine andere Meinung auf das Tapet gebracht, welchen auch ANTONIVS AVGVSTINVS *de Leg. & SCtis in Lege Glicia*, IANVS VINCENTIVS GRAVINA *de Legibus & SCtis* p. 649. ſeqq. und ich ſelbſt in der erſten Auflage meiner *Antiquitatum Romanarum* gefolget bin. CVIACIVS gründet ſich auf die Inſchrift, welche er in L. 4. D. *h. t.* gefunden hat, worin des *Legis Glicia* Meldung geſchiehet. Nun hat ehemals ſchon HOTOMANNVS *in diſſert. de quarta legit.* c. 1. CVIACII Muthmaſſung verworfen, worauf ihn dieſer *lib. XIV. Obſerv.* c. 14. wieder geantwortet hat. Ich habe hernach dieſe Meinung in der folgenden Auflage meiner *Antiquitatum Romanarum* verworfen, und mit dem Herrn VAN BYNKERSHOEK *lib. II. Obſerv.* c. 1. 2. und dem Herrn *van de* WATER *lib. I. Obſerv.* c. 11. dafür gehalten, daß kein *Lex Glicia* vorhanden geweſen. Denn der Name *Glicii* iſt kein cognomen. Von den cognominibus aber pflegten die Geſätze nicht benennet zu werden, daß ſie ſich endigten in ius, ſondern in anus, wie wir ein Exempel an dem Lege Iunia Norbana haben. CAROLVS SIGONIVS *de Nomin. propr. Romanor.* p. 1426. Wenn dahero ein ſolches Geſätz da geweſen wäre, welches von *Glicio* ſolte den Namen erhalten haben: ſo würde daſſelbe *Lex Claudia*, oder *Gliciana* ſeyn genennet worden. Es iſt alſo dieſe querela inofficioſi teſtamenti ex auctoritate ICtorum eingeführet worden, welches ſchon zu Zeiten des freien Staats der Römer ſcheinet geſchehen zu ſeyn, indem derſelben CICERO *c. l.* und VALERIVS MAXIMVS *c. l.* gedencken. Und dieſes iſt auf folgende Art geſchehen. Weil nach dem iure civili die furioſi keine teſtamenta machen durften, ſo bedienten ſich die Rechtsgelehrten dieſer Gelegenheit, und fingirten, daß diejenigen Eltern, welche ihre Kinder unrechtmäſſiger Weiſe enterbet hätten, nicht bei Verſtande geweſen wären, wodurch alſo ihre teſtamenta übern Haufen geworfen wurden. Dieſer Color iſt von den Griechen erborget worden, wie MEVRSIVS *in Themide Attica Lib. I.* c. 3. und GROTIVS *in Flor. Sparſ.* ad L. 2. D. h. t. zeigen. Alles dieſes hat der fürtrefliche Herr Præſident *van* BYNKERSHOEK *lib. II. Obſerv.* c. 12. p. 153. unvergleichlich ausgeführet, welche Meinung auch die berühmteſten Rechtsgelehrten, und ſonderlich der Herr OTTO *in Comment. ad Inſt. h. t.* p. 295 ſeqq. angenommen haben. Dahero wird *in princ. Inſt. h. t.* geſaget: *eam querelam inſtitui hoc colore, quaſi non ſanæ mentis fuerint, quum teſtamentum ordinarent.*

§. 580. Dieſe Klage, wodurch die Kinder, welche unrechtmäſſiger Weiſe enterbet waren, das väterliche Teſtament übern Hauffen warffen,

wird

wird mit einem beſondern Namen beleget, und querela inofficioſi teſtamenti genennet, wovon die Urſache dieſer Benennung folgende iſt. Gleichwie es unter extraneis hieſſe, agere: ſo hieß es unter Anverwandten conqueri. Weil nun dieſe Klage nur den Anverwandten zukam: ſo wurde dieſelbe nicht actio, ſondern querela genennet, wie dieſes ſchon VOSSIVS *in Inſtit. Orat. lib. I.* c. VI. §. 2. wohl angemercket hat. Ueberdem war auch das Wort querela vox mitior. Dahero ſaget CICERO *Dejot.* c. 3. *Numquam cui ſunt inauditæ cum Dejotaro querelæ tuæ? Numquam tu illum accuſaſti ut hoſtem, ſed ut amici officio parum functum.* Und SENECA *de tranquill. anim. lib. II.* c. 10. ſchreibet: *Eſt minor iniuria, quam queri magis, quam exſequi poſſumus.* Und in den alten Inſchriften bei MANVTIO, GRVTERO und FABRETTO finden wir, daß die Streitigkeiten der Eheleute ſind querelæ genennet worden, z. E. *vixit ſine ulla querela.* Ferner wurde inofficioſum ab officio genennet. Nam beneficia erant alienorum, officia eorum, quos neceſſitudo ſuſcitat, & opem ferre iubet. SENECA *de benefic. lib. III.* c. 18. Dahero ſchloſſen die Rechtsgelehrten daraus, daß zu dem officio der Anverwandten auch dieſes mit gehöre, daß ſie bei ihren Tode einander zu Erben einſetzen müſſen: und wenn ſie dieſes nicht gethan hatten, ſo ſagte man, daß ſie contra officium gehandelt hätten. Dahero wurden ihre Teſtamente, die nicht dieſe Eigenſchaft hatten, inofficioſa genennet.

§. 581. Nachdem wir dieſes nun zum Voraus geſetzet haben, ſo können wir gar leichte die definition von der querela inofficioſi verſtehen. Wir nennen die querelam inofficioſi teſtamenti, ſpeciem hereditatis petitionis, qua ii, quibus debetur portio legitima iniuſte exheredati vel præteriti, agunt contra heredes inſtitutos, ut teſtamentum eo colore, quod teſtator non ſanæ mentis fuerit, reſcindatur, & ipſi ab inteſtato ad hereditatem admittantur. Wir nennen es eine ſpeciem hereditatis petitionis, weil dieſelbe in L. 20. §. 2. L. 34. D. *h. t.* L. 3. *Cod. de hereditat. petit.* und in BASILICIS T. V. p. 2221. ausdrücklich alſo genennet wird: obgleich der Herr OTTO in *Comment. ad Inſtit. h. t.* dieſes läugnen will. Man kan auch hier nicht ſagen, es werde ja hier wieder die Erben geklaget. Denn wir läugnen dieſes, weil hier gegen denjenigen geklaget wird, qui pro herede poſſidet. Es wird auch die Erbſchaft nicht ex teſtamento geſuchet, weil das Teſtament reſcindiret wird, ſondern vielmehr ab inteſtato. Hierbei entſtehet die Frage, wer dieſe querelam inofficioſi anſtellen könne? Nach den alten Rechten war der Gebrauch dieſes remedii ſehr weitläuftig, und zwar dergeſtalt, ut & amici amicorum teſtamenta reſcinderent, wie aus dem Exempel bei VALERIO MAXIMO *lib. VII.* c. 7. erhellet. Aber ietzo verhält ſich die Sache gantz anders, und VLPIANVS in L. 1. D. *h. t.* erinnert, *cognatos, qui ſunt ultra fratrem, melius facturos, ſi*

ſe ſumtibus inanibus non vexent, quum obtinendi nullam ſpem habeant. Dahero iſt heut zu Tage die Regel, quibuscunque debetur portio legitima, ii etiam poſſunt inofficioſe agere. Da wir aber nun oben angemercket haben, daß die portio legitima den Kindern, Eltern, Brüdern und Schweſtern müſſe gegeben werden, wenn ihnen eine turpis perſona vorgezogen wird: ſo folget daraus, daß dieſe allein die querelam inofficioſi anſtellen können. In den alten Zeiten war die portio legitima allezeit quadrans hereditatis L. 8. §. 6. & 8. L. 31. D *h. t.* L. 2. D. *de inoffic. donat.* Wenn dieſe quarta, und bei was vor Gelegenheit dieſelbe aufgekommen iſt, davon ſaget CVIACIVS *lib. II. Obſervat.* c. 21 *lib III.* c. 8. *lib. XIV.* c. 14. daß er nichts davon habe finden können. Die erſten, welche den Urſprung derſelben eingeſehen haben, ſind IANVS A COSTA *ad princ. Inſt. h. t.* und CLAVDIVS CHIFLETIVS *de legitima portione* c. 3. nach welchen der Herr SCHULTING *in Iurisprud. Anteiuſt.* p. 381. p. 381. die Sache beſſer ausgeführet hat. Dieſe gelehrten Leute haben gezeiget, daß dieſe portio legitima aus dem Lege Falcidia durch die Auslegung der Rechtsgelehrten eingeführet worden. Denn es ſaget PAVLLVS *lib. IV. Receptar. Sentent. Tit. V.* §. 5. und VLPIANVS in L. 8. §. 9. & 14. D. *h. t.* daß den Erben, welche dieſe querelam inofficioſi anſtellen können, die quarta falcidia zukomme: wie denn der Keiſer *Iuſtinianus* in L. 31. *Cod. de inoffic. teſt.* ſelbige auch ausdrücklich *falcidiam* nennet. Allein der Keiſer *Iuſtinianus* hat in der *Nov.* 13. c. 1. und *Nov.* 92. dieſes geändert, und geſetzet, daß wenn vier oder weniger Kinder vorhanden, ſolche portio triens ſeyn ſolte; wären es aber fünfe oder mehrere, alsdenn ſemiſſis.

§. 582. 584. Weil aber doch nicht allezeit dieſe querela nöthig iſt, ſondern bisweilen auch andere remedia vorhanden ſind, welche man kan anſtellen: ſo wird gefraget, in welchen Fällen dieſe querela inofficioſi nöthig iſt? Wir machen davon folgende Anmerckungen. 1) Die liberi præteriti vel ex iniuſta cauſſa exheredati brauchen dieſes remedium nicht anzuſtellen. Denn wir haben oben geſehen, daß dergleichen teſtamentum ipſo iure nullum ſey: was aber nullum iſt, das braucht nicht erſt reſcindiret zu werden. Fraget iemand, was dergleichen Kinder denn für eine Klage anſtellen können? ſo antworten wir darauf, daß ſie ja querelam nullitatis haben, wodurch das gantze Teſtament übern Hauffen geworfen wird. 2) Es haben auch diejenigen nicht nöthig dieſe querelam anzuſtellen, welche nur in einem kleinen Theile zu Erben eingeſetzet ſind. Denn dieſe ſind weder enterbet, noch übergangen worden, wie wir oben (§. 543. 1.) geſehen haben. Welche aber in re minima zu Erben eingeſetzet ſind, die haben actionem expletoriam ad ſupplendum id, quod legitimæ deeſt, L. 30. *Cod. h. t.* Es ſind dahero heut zu Tage nur drei Fälle übrig, in welchen dieſe querela inofficioſi kan angeſtellet werden.

werden. α) Es findet dieſelbe alſo ſtatt, wenn einer zwar ex iuſta cauſſa enterbet worden, derſelbe aber läugnet, daß dieſe Urſache wahr ſey, alwo der Erbe beweiſen muß, daß ſolches geſchehen ſey. Z. E. der Vater hat den Sohn enterbet, weil er ihn geſchlagen, allein der Sohn läugnet beſtändig, daß dieſes von ihm geſchehen ſey. Wenn da der eingeſetzte Erbe dieſe That nicht beweiſen kan: ſo wird das Teſtament als inofficioſum reſcindiret. So findet auch die querela inofficioſi ſtatt, β) wenn die Eltern von den Kindern, die Kinder oder Enckel von der Mutter oder väterlichen Groß-Vater übergangen, oder den Brüdern und Schweſtern eine turpis perſona iſt vorgezogen worden. Welche turpes perſonæ ſeyn, ſolches zeigen THEOPHILVS *ad h. t.* HARMENOPVLVS *lib. V. tit. V I.* §. 2. IACOBVS GOTOFREDVS ad L. 1. *Cod. Theod. h. t.* IOSEPH NERIVS *lib. II. Annal.* c. 15. ZACHARIAS HVBER *de caſ. enucl.* c. 3. Alle dieſe Perſonen, da dieſelben kein ander remedium gebrauchen können, reſcindiren das Teſtament per querelam inofficioſi. Letzlich findet auch dieſe querela ſtatt, γ) wenn vielleicht zwar die cauſſa exheredationis iuſta iſt, ſie iſt aber im Teſtament nicht ausgedrücket worden. Z. E. Wenn der Vater im Teſtament geſchrieben hat, mein Sohn ſoll aus gewiſſen Urſachen enterbet ſeyn: ſo kan der Sohn dieſes Teſtament durch dieſe querelam reſcindiren. Es ſind aber hierbei noch zwo Fragen zu erörtern übrig: erſtlich, wenn dieſe querela aufhöre? und zum andern, was ſie für eine Wirckung habe? Was die erſte Frage betrift: ſo iſt wohl zu mercken, daß dieſe Klage ſehr verhaßt ſey, weil die Kinder die Ehrerbietigkeit, welche ſie den Eltern ſchuldig ſind, dadurch ſehr zu beleidigen ſcheinen, indem ſie vorgeben, daß ihre Eltern nicht bei Sinnen geweſen. VALERIVS MAXIMVS *lib. VII.* c. 7. n. 2. c. 8. n. 4. ſaget von derſelben: *cineres parentum quietes eſſe non patiebatur.* Und SENECA *lib. III. de ira* c. 7. nennet dergleichen Klagen: *turpes lites & turpiores advocatos eorum, qui iudicia patris adcuſant, quæ mereri ſatius fuerat.* Daher fällt dieſes remedium hinweg, a) ſo oft als man ein anders hat, wodurch man eben ſo viel ausrichten kan, b) und wenn der Enterbte vor der angeſtellten Klage verſtirbet. Denn deſſen Erben kam dieſe Klage nicht zu, wenn ſie nicht ſchon præparata war, d. i. in forum deducta. Denn wenn er auch gleich damit gedrohet hatte, ſo war dieſes doch noch lange nicht hinlänglich. So fiel auch dieſelbe hinweg, c) wenn fünf Jahr verfloſſen waren: weil dieſe verhaßte Klage von keiner längeren Dauer war. Endlich fiel dieſelbe auch hinweg, d) wenn der Enterbte auf einige Art, entweder ausdrücklich oder ſtillſchweigend, oder in ſeinen, oder in eines andern Namen das Teſtament des Verſtorbenen gut geheiſſen hatte, wenn nur dieſes nicht ex officio neceſſitatis geſchehen war. Z. E. Wenn der enterbte Sohn als ein Sachwalter des legatarii vor Gericht erſchienen war, und das legatum, welches ſeinen

Clienten vermachet worden, für gültig erkannt hatte: so konte er hernach nicht die querelam inofficiosi testamenti anstellen. Wenn er aber dieses gethan hatte als Vormund im Namen seines Unmündigen: so konte er sich dieser Klage bedienen, weil er solches Amts- und Pflichtswegen hatte thun müssen. Ausser dieser Nothwendigkeit aber, wenn einer das Testament agnosciret hatte, und er wolte es hernach durch diese querelam rescindiren: so ging solches nicht an. Was endlich die Wirckung der querelæ inofficiosi betrift: so fiel ehemals durch dieselbe das gantze Testament, und alle dessen Stücke übern Hauffen, wenn es rescindiret wurde. Allein der Keiser *Iustinianus* hat dieses in *Nov.* 115. c. 3. geändert und festgesetzet, daß wenn ein Testament rescindiret würde, solches nur auf die Einsetzung des Erbens gehen solte: die übrigen Stücke aber des Testaments, z. E. Legata, fideicommissa, dationes tutorum solten verbleiben. Und dabei ist nicht mehr, als eine eintzige Ausnahme vorhanden, wenn ein Bruder oder Schwester, welchen turpis persona vorgezogen worden, durch diese querelam das Testament rescindiren: denn da fällt nicht allein die Einsetzung des Erben, sondern auch die übrigen Stücke des Testaments weg, weil in der *Nov.* 22. c. 47. aus den alten Rechten, was die querelam der Brüder und Schwester anbetrift, nichts ist geändert worden.

Tit. XIX.

De Heredum Qualitate & Differentia.

§. 585. 586.

Wir haben oben gesehen, daß ein testator eine grosse Freiheit habe, sich Erben zu benennen, welche er will. Es sind aber nicht alle Erben von einerlei Art, weswegen hier gefraget wird, α) wie vielerlei die Erben seyn? β) Auf was Art dieselben die Erbschaft erwerben, oder von sich stossen? Was die erste Frage betrift, so hat man zu mercken, daß die Erben unterschieden werden in suos & necessarios, extraneos voluntarios. Necessarii sind diejenigen, welche nothwendig Erben seyn müssen, sie mögen nun wollen oder nicht. Sui & necessarii heissen, welche der testator entweder zu Erben einsetzen, oder enterben muß, und wenn dieselben eingesetzet sind, müssen sie nothwendig Erben seyn. Voluntarii oder extranei heissen, auf deren Willen es beruhet, ob sie die Erbschaft wollen antreten oder nicht. Die Ursache dieses Unterschiedes ist aus den alten Zeiten herzuholen. Wir erinnern uns eben gemeldet zu haben, daß ein testator als ein Gesätzgeber anzusehen

sey

ſey, und das Teſtament als ein Geſätz müſſe betrachtet werden. Nun aber kan ein Geſätzgeber durch ſein Geſätz wohl ſeine Unterthanen verbinden, nicht aber ſolche, die ihm nicht unterworfen ſind. Dahero kan ein teſtator in ſeinem Teſtament ſeine Knechte und Kinder, welche unter ſeiner Gewalt ſtehen, dahin verbinden, daß ſie Erben ſeyn müſſen, welches aber bei den extraneis nicht angehet, über welche er keine Gewalt hat. Und daher kömmt es, daß iene heredes vel ſui, vel ſui & neceſſarii, dieſe aber voluntarii genennet werden.

§. 587. Heredes neceſſarii ſunt ſervi proprii, ſive cum libertate, ſive ſine ea inſtituti. Denn ob auch gleich ein Knecht ohne gegebene Freiheit zum Erben eingeſetzet worden: ſo wird doch aus dieſer Einſetzung vermuthet, daß ihm der teſtator dieſelbe habe geben wollen, quia qui vult finem, media etiam velle cenſetur (§. 586.). Ein Knecht kan als Knecht nicht Erbe ſeyn, ſondern wer erben wolte, muſte ein Römiſcher Bürger ſeyn. Solte nun alſo ein Knecht erben, wenn ihn der teſtator im Teſtament eingeſetzet hatte: ſo muſte er auch dadurch die Freiheit erhalten. Wenn ſich nun der Fall ereignete, daß einer ſeinen Knecht im Teſtament zum Erben eingeſetzet hatte: ſo kam es nicht auf den Willen des Knechts an, ob er Erbe ſeyn wolte oder nicht, ſondern er muſte die Erbſchaft nothwendig antreten, oder war durch die Antretung der Erbſchaft ipſo iure heres. Die Urſache dieſes Rechts lieget darin, weil die Herren gemeiniglich, wenn ſie viel ſchuldig waren, einen von ihren Knechten zum Erben einſetzten, damit hernach die hinterlaſſenen Güter nicht unter ihren, ſondern unter des Knechts Namen verkaufet, und alſo die Schande auf den Knecht möchte gebracht werden, §. 1. *Inſt. qui & quib. cauſſ. manum. non poſſ.* Denn wenn bei den Römern Schulden waren gemachet worden: ſo wurden die Güter öffentlich verkaufet. Der Prætor proponirte ein Edikt, worin den Gläubigern die bonorum poſſeſſio gegeben wurde. Wenn dieſe die Güter dreißig Tage beſeſſen hatten; ſo wurde auf Befehl des Prætoris einer zu Verkaufung der Güter geſetzet. Alsdann geſchahe die proſcriptio an den vornehmſten Orten der Stadt auf folgende Weiſe: *Ita ille debitor noſter in eiusmodi cauſſa eſt, ut bona eius divendi debeant, quicumque emere volet, adeſto.* Und faſt eine gleiche Formel findet ſich bei PLAVTO *Menaechm. act.* V. *Scen.* IX. *v. ult.* Nach wenig Tagen muſte der Prætor wieder angegangen werden, welcher erlauben muſte, die Güter zu verkaufen; und da wurde folgender lex vorgeſchrieben: *Hac quicumque emerit creditoribus in dimidiam partem eorum, quae ipſis debentur, reſpondere debet.* Inzwiſchen waren die Käufer der Güter da, welche die gantze Maſſe der Güter erkauften, und wurden auch die Sectores herbei gerufen, von welchen CICERO *pro* S. AMERINO c. 6. handelt. Dieſe Sectores waren Leute, *qui ſpem lucri ſui ſequuti, bona condemnatorum ſemel auctionabantur, proque iis pe-*

cu-

cunias penſitabant ſingulis, ac deinde pro compendio ſuo ſingulas quasque res pecunia populo vendebant. ASCONIVS PÆDIANVS *in Verrin.* III. p. 1845. Bisweilen, wenn kein Käufer da war, geſchahe eine Auctio, welche per vocem Præconis angeſaget wurde. CICERO *lib I. ad Attic. ep 6.* THEOPHILVS *in Paraphr. Inſt. Lib. III. Tit. XII.* SIGONIVS *de antiquo iure civium Rom. lib. I.* c. XI. p. 149. *de iudiciis. lib I.* c. XVIII. p. 449. ſeqq. Weil dieſes nun eine ſchändliche und infame Sache war, wenn die Güter eines Römiſchen Bürgers auf dieſe Weiſe verkaufet wurden: ſo wurde der Knecht gezwungen, die Erbſchaft anzutreten, und deswegen wurde er eben heres neceſſarius genennet. Doch hatte gleichwol auch ein ſolcher Knecht einen doppelten Vortheil, α) daß er dadurch die Freiheit, als eine unſchätzbare Sache, erhielte, β) daß er alles dasjenige, was er nach dem Tode ſeines Herrn adquirirte, keinen andern, ſondern ſich ſelbſt erwarb, und deswegen die ſeparationem bonorum ſuchen konte, L. 4. D. *de ſepar bonor.* Denn dieſes iſt die Wirckung der Freiheit, daß ein freier Menſch ſich alles ſelbſt erwerben kan.

§ 588. Sui & neceſſarii heredes ſind die Kinder, welche zu der Zeit, da der Tod des teſtatoris erfolget iſt, in ſeiner Gewalt geweſen, und nachhero nicht wieder unter eine andere Gewalt verfallen ſind. Es werden die Kinder deswegen ſui heredes genennet, theils weil ſie noch bei Lebzeiten ihres Vaters einigermaſſen Herren aller dieſer Sachen ſind, und ſich alſo ſelbſt ſuccediren, L. 11. D. *de lib. & poſtum.* (dahero ſie auch von den Griechen gar ſchön αὐτοκληρονόμοι genennet werden) theils, weil ſie in poteſtate & iure Quiritario der Eltern ſtehen, wie dieſes der Herr SCHVLTING *ad* CAII *Inſtit. Lib. II. Tit. III.* §. 6. p. 106. wohl angemercket hat. Gemeiniglich wird dieſes ſuitas, oder ius ſuitatis genennet, und da erzehlet man, daß der berühmte Herr SCHVRZFLEISCH, als ihm eine Schrift überreichet worden, welche de iure ſuitatis gehandelt, die Rechtsgelehrten ausgelachet, daß ſie von dem Schweine-Rechte diſputirten. LEYSER *Meditat. ad Pandect. Spec.* 369. Dahero thut man beſſer, wenn man ſaget für ius ſuitatis, ius ſui, wie ſolches in L. 1. §. *penult.* D. *de agnoſcend. liber.* genennet wird. Eben dieſe Kinder werden auch neceſſarii heredes genennet, weil ſie eben ſo wol als die Knechte ſchuldig und gehalten ſind, auch wieder ihren Willen, Erben zu ſeyn, §. 2. *Inſt. h. t.*

§. 589. Wir haben oben geſaget (§. 534.), daß ein Erbe derjenige ſey, qui ſuccedit in omnia bona defuncti, daher denn auch der Sohn, welcher heres ſuus & neceſſarius iſt, in alle Rechte und Verbindungen ſeines verſtorbenen Vaters tritt. Dahero iſt derſelbe ſchuldig, alle Schulden ſeines Vaters den Gläubigern zu bezahlen, und muß die Verkaufung der Güter über ſich ergehen laſſen. Weil dieſes aber eine ſehr harte Sache war, daß die Kinder da-

zu gezwungen worden, und bisweilen der Vater mehr Schulden als Vermögen hinterliesse: so kam ihnen der Prætor zu Hülffe, und gab ihnen das beneficium abstinendi, daß sie, wenn sie wolten, die väterliche Erbschaft möchten fahren lassen. Jedoch machte der Prætor einen Unterschied inter liberos puberes & impuberes, und gestattete diesen dis beneficium, sie mochten sich der väterlichen Erbschaft immiscuret haben, oder nicht. §. 2. *Inst. h. t.* Es floß also daraus folgendes axioma: heredes sui hereditatem ipso iure adquirunt, §. 3. *Inst. de hered. qui ab intest.* Dahero hatten die Kinder nicht nöthig, daß sie erst die Erbschaft antraten, sondern sie erworben dieselbe abwesend, und auch unwissend: wie sie denn auch dieselbe so gleich auf ihre Nachkommen brachten, ob gleich sonst nach den principiis iuris hereditas nondum adita nicht auf die Erben transferiret wird. AVERANIVS *lib. I. Interpret.* c. 9.

§. 590. Ob nun gleich heut zu Tage die Kinder wirckliche heredes voluntarii sind: so ist doch noch dieses etwas besonders, welches hierbei vorkömmt. Denn α) treten die Kinder nicht die Erbschaft an, wie andere extranei, sondern sie sind ipso iure Erben, und bedürfen also keiner Antretung. β) Von den extraneis wird gesaget, se pro herede gerere; von den Kindern aber, se immiscere. γ) Von den extraneis saget man, repudiant hereditatem; von den Kindern aber, ab hereditate abstinent. δ) Die extranei transferiren eine nicht angetretene Erbschaft nicht auf ihre Erben; welches aber bei den Kindern geschiehet. Die Ursache dieses Unterschieds lieget darin, weil die heredes extranei vor der wircklichen Antretung der Erbschaft noch keine Erben sind, und daher können sie auch die Erbschaft, welche sie nicht haben, nicht auf ihre Erben bringen. Hingegen sind die Kinder ipso iure Erben, und erlangen sogleich bei dem Tode des testatoris die Erbschaft, ohne daß eine Antretung nöthig ist, daher sie auch dieselbe auf ihre Kinder bringen.

§. 591. Wir haben nunmehro von den heredibus necessariis, wie auch suis & necessariis genug geredet. Jetzo kommen wir auf die voluntarios, welches alle diejenigen sind, welche weder in dominio, noch in patria potestate des testatoris gestanden haben. Weil nun diese die Wahl haben, ob sie Erben seyn wollen, oder nicht: so entstehen hierbei folgende Fragen, a) wie dieselben die Erbschaft adquiriren? b) Wie sie dieselbe repudiiren?

§. 592. Was die erste Frage betrift, quomodo hereditatem adquirant? So antworten wir darauf, daß eine Erbschaft von einem extraneo entweder ausdrücklich, d. i. mit Worten, oder stillschweigend, d. i. mit der That, sich erklären, daß sie Erben seyn wollen. Wenn also einer sich mit Worten erkläret, daß er Erbe seyn wolle: so nennet man dieses aditionem hereditatis. Wenn aber einer sich stillschweigend, oder durch die That erkläret, daß er

Erbe seyn wolle, z. E. er verwaltet die Erbschafts-Sachen, läßt die Aecker bestellen, thut die Gelder auf Zinsen aus ꝛc so heißt dieses pro herede gestio. Wir müssen aber hierbei sicher gehen, daß wir in keinen Irrthum verführet werden. Wenn der eingesetzte Erbe alles dieses thut, was sonst einem Erben gewöhnlich ist, iedoch die protestation hinzufüget, daß er solches nicht thue, animo pro herede gerendi: so wird derselbe mehr pro negotiorum gestore zu halten seyn, L. 20. *princ.* § 1 D. *de adquir. vel omitt. hered.* Also auch diese Sache mit einem andern Exempel zu erläutern: wenn die Mutter die Verwaltung der Erbschaft für ihren abwesenden Sohn übernimmt: so kan man nicht sagen, daß sie sich als Erbin aufführe, sondern es siehet ein ieder, daß sie aus Liebe und Verwandschaft ihres Kindes negotia geriret. Bei den Alten hatte man unterschiedene Arten, die Erbschaften anzutreten. Erstlich war die cretio, welche von denjenigen geschehen muste, qui cum cretione erant heredes instituti, VLPIANVS *in Fragm Tit. XXII.* § 25. Und dieses bestunde darin, wenn der testator im Testament geschrieben hatte: TITIVS *heres esto, cernitoque in diebus centum proximis, quibus scieris poterisque. Nisi ita creveris, exheres esto*, wie di se Formel bei VLPIANO *c. l.* §. 27. zu finden ist. Wenn die letzten Worte nicht dabei gesetzet waren, so hieß es, der Erbe ist eingesetzet worden cum cretione imperfecta. Wenn wir die Wahrheit bekennen sollen, so ist die cretio hereditatis mit der aditione allezeit verknüpfet gewesen, und dahero kan unter diesen modis adquirendi fast kein Unterschied statt finden, wie dieses schon HVGO DONELLVS *in Comment. de iure civ. lib. VII.* c. VIII. p. 300. solches eingesehen hat, welcher doch darin irret, daß er die cretionem und aditionem pro synonimis hält. Es waren vielmehr zween besondere actus, welche aber mit einander verknüpfet wurden, welches auch daraus erhellet, daß in den folgenden Zeiten eine Erbschaft auch sine cretione konte angetreten werden. Denn der Keiser *Constantinus* hat der Mutter, den Vaters-Brüdern, wie auch den übrigen agnatis dieses privilegium gegeben in L. 1. & 2. *Cod. Theod. de legit. hered* ibique IACOBVS GOTHOFREDVS *in Comment.* Diese cretio war vel vulgaris, vel continua. Vulgaris wurde genennet, in welcher die Worte hinzugesetzet wurden: quibus scieris poterisque. Hingegen hieß continua, wo diese Worte nicht hinzu kamen. VLPIANVS *in Fragm c. l.* §. 31. 32. Im übrigen war der Verstand gedachter Worte dieser, daß in hereditatis cretione vulgari nur dies utiles, in der continua aber dies continui gezählet wurden, GRAVINA *Origg. iur. civ.* p. 457. SCHVLTING *ad* VLPIANVM *c. l.* p. 644. Cernere hereditatem hieß nicht etwas thun, damit iemand sehen möchte, daß einer ein Erbe wäre, wie dieses VARRO *de lingua Latina lib. V* erkläret, sondern decernere heisset, se heredem esse velle. CVIACIVS *lib. VII. Observ.* c. 18. IACOBVS PERIZONIVS *in Not. ad* SANCT. *Minerv. lib. IV.*

IV. c. 15. Dieſe cretio geſchahe binnen gewiſſen Tagen in Gegenwart gewiſſer Zeugen. CICERO *lib. XIII. ad Attic. ep.* 44. Alſo redet VLPIANVS von hundert Tagen *in Fragment. l. c.* ſo auch in unſern Rechten geſchiehet L. 22. §. 1. D. *Quando dies legat. ced.* L. 3. §. 8. D. *de minorib.* L. 2. §. ult. D. *de ſuis & legit. hered.* und von ſechtzig Tagen redet CICERO *lib. XIII. ad Attic. ep.* 44. Es muſte daneben der Erbe die verba cretionis ausſprechen: *Quum me Mevius heredem inſtituerit, eam hereditatem adeo cernoque.* VLPIANVS *in Fragm. l. c.* §. 28. BRISSONIVS *de Formul. Pop. Rom.* p. 600. ſeqq. Daher kömmt in L. *un. Cod. Theodoſ. de cret. & honor. poſſeſſ.* vor, *cretionis ſolemnitas*, in L. 8. *Cod. Theod. de matern. bon. ſcrupuloſa ſolemnitas*, und in L. 1. *Cod. Theod. eod. cretionis commentum*, wie auch in L. 5. *Cod. Theod. eod. cretionem dicere.* Wenn der Erbe die verba cretionis geſaget, hieß es, die Erbſchaft ſey angetreten: und ſcheinet die Antretung der Erbſchaft durch keine andere Solennitäten geſchehen zu ſeyn. Es ſind einige, welche dafür halten, daß die hereditates percuſſione digitorum angetreten worden, welches bei den Alten das Zeichen der Herrſchaft geweſen. CVIACIVS *lib. VII. Obſ.* c. 18. EMVNDVS MERILLIVS *lib. IV. Obſerv.* c. 34. Andere geben vor, daß dabei zum Zeichen der Freude ein Tantz geſchehen, ALTESERRA *de fiction. iur. tract. III.* c. 19. Allein es iſt dieſes falſch, und ſie haben dieſe ritus aus einer nicht recht verſtandenen Stelle CICERONIS *de Offic. lib. III.* c. 19. geſchloſſen. Man kan aber nachleſen, was darüber GRÆVIVS geſchrieben hat.

§. 593. Die aditio iſt ein actus legitimus, da der eingeſetzte Erbe ſeinen Willen wegen Annehmung der Erbſchaft erkläret, und dadurch dieſelbe erwirbet. Aus dieſer definition flieſſen drei axiomata: 1) Aditio eſt declaratio voluntatis. 2) Eadem eſt actus legitimus, & 3) per aditionem hereditas adquiritur. Aus dem erſten axiomate flieſſen folgende Schlüſſe: α) Furioſi, mente capti & infantes hereditatem adire nequeunt. Denn wie könte dieſes geſchehen, daß dieſe Leute ihren Willen zu Tage legeten, da ſie nicht wiſſen was ſie thun? Damit ſie aber nicht um die Erbſchaft kommen mögen: ſo hat man erlaubet, daß ihre Eltern, Vormünder und Curatores die Erbſchaft für ſie antreten können. L. 18. *princ.* §. 1, 2. *Cod. de iur. delib.* L. *ult.* §. 3. *Cod. de curat. furioſ.* Es iſt aber dieſes erſt durch die neuen Rechte eingeführet worden. Denn nach den alten Rechten konte dieſes nicht geſchehen, und die furioſi und mente capti verloren die Erbſchaft, weil die aditio hereditatis ein actus legitimus war. L. 77. D. *de reg. iur.* Nun aber haben wir oben (§. 70) geſaget, daß die actus legitimi weder per tutorem, noch per procuratorem konten verrichtet werden. β) Pupilli infantiæ pubertati proximi & minores können die Erbſchaft antreten, ſed non niſi auctore tutore vel conſentiente curatore. L. 18. §. *fin. Cod. de iur. delib.* Die Urſache,

warum der tutor hier auctoritatem ſuam interponiren müſſe, da doch ein pupillus ſeinen Zuſtand verbeſſert, iſt ſchon oben (§. 252.) angeführet worden, nemlich, weil die hereditatis aditio ein actus ſolemnis iſt, welcher ſine tutoris auctoritate nicht kan verrichtet werden. L. 19. D. *de auctor. tut.* So folget auch daraus, γ) daß die filii familias keine Erbſchaft ohne ihres Vaters Befehl antreten können. Denn weil nach den alten Rechten die Kinder ihren Vätern die Erbſchaft erwarben: ſo war nichts billiger, als daß auch die Väter dazu ihre Einwilligung geben muſten, damit es nicht in der Kinder Gewalt ſtünde, die Eltern wieder ihr Wiſſen und Willen zu verbinden. Allein dieſes iſt in den neuen Rechten in ſo fern geändert worden, daß wenn der Vater, ohne einige Urſache zu haben, nicht einwilligen will, der Sohn auch wider deſſen Willen antreten kan, und alsdenn hat er dieſelbe als ein peculium extraordinarium, L. *ult. princ.* §. 1. 2. *Cod. de bon. quæ liber.*

§. 594. Es flieſſet auch aus obigen axiomate, δ) daß die Antretung der Erbſchaft ohne Zwang und Gewalt geſchehen muß. Denn da dieſelbe eine Erklärung des Willens iſt: ſo muß dieſelbe auch freiwillig geſchehen, und darf durch keine Gewalt oder Drohung ausgepreſſet werden. Quia conſenſui nihil tam contrarium eſt, quam vis ac metus, qui contra bonos mores eſt. L. 116. *princ.* D. *de Reg. Iur.* ε) Muß auch die Erbſchaft gantz, und nicht ein Theil derſelben angetreten werden, weil es ſonſt geſchehen würde, daß der teſtator pro parte teſtatus pro parte inteſtatus verſtorben wäre: daß aber dieſes nicht geſchehen könne, iſt von uns ſchon öfters erinnert worden. Dieſes hat ſeine ſo gute Richtigkeit, daß man auch ſo gar bei der Lehens-Folge darauf ſiehet, wenn der Sohn ſeinem Vater als Lehens-Erbe folget. Denn alsdenn kan derſelbe nicht das Lehen antreten, und das allodium fahren laſſen, oder das allodium nehmen, und das Lehen fahren laſſen. Hingegen, wenn ein naher Anverwandter die Lehens-Folge erhält: ſo iſt derſelbe ein ſucceſſor ſingularis, und kan die hereditatem feudalem annehmen, die allodialem aber fahren laſſen. ζ) Folget auch aus obigen axiomate, daß die Erbſchaft zwar ratione dominii, nicht aber ratione poſſeſſionis erworben werde. Denn die Eigenſchaft des Beſitzes iſt ſo beſchaffen, ut non ſolo animo, ſed animo & corpore ſimul adquiratur. Dahero iſt nicht genug, wenn der Erbe ſich erkläret hat, daß er Erbe ſeyn wolle, ſondern er muß auch den Beſitz der Erbſchafts-Sachen durch eine gewiſſe cörperliche Handlung ergreifen. L. 23. *princ.* D. *de adquir. vel. amitt. poſſeſſ.*

§. 595. Dieſes waren die Schlüſſe, welche aus dem erſten axiomate herflieſſen, ietzo wollen wir das zweite axioma betrachten, hereditatis aditio eſt actus legitimus. Aus demſelben flieſſet, α) eine Erbſchaft kan weder per procuratorem, noch ſub conditione, noch in diem, oder ex die angenommen wer-

werden. Denn daß die actus legitimi dergleichen nicht zulaſſen, ſolches iſt von uns oben (§. 70) umſtändlich ausgeführet worden. Wiewol dieſes alles fällt heut zu Tage hinweg, weil wir ietzo nichts mehr von den actibus legitimis wiſſen, und dahero wird heut zu Tage ein procurator, welcher mit einem ſpeciali mandato verſehen iſt, zu Antretung der Erbſchaft zugelaſſen. Siehe REINHARDI diſſert. *de additione hereditatis per procuratorem.*

§. 596. Jetzo folget das dritte axioma, per aditionem hereditatis adquiritur hereditas. Daraus folget 1) daß eine unangetretene Erbſchaft nicht auf die Erben könne gebracht werden. Denn es kan nichts auf die Erben gebracht werden, welches der Verſtorbene nicht ſelbſt gehabt hat. Vor Antretung der Erbſchaft aber hat der Erbe nicht dieſelbe gehabt, ſondern nur die Hofnung, daß er ſie bekommen werde. Bei den Contractibus wird zwar ſpes auf die Erben gebracht, nicht aber bei den ultimis voluntatibus. (§. 549.) Es ſind dahero folgende exceptiones wohl in Obacht zu nehmen. α) Bei den Kindern, welche heredes ſui ſind, iſt nicht nöthig, daß ſie die Erbſchaft antreten, weil ſie ipſo iure Erben ſind, und dieſe bringen ſogleich die Erbſchaft wieder auf ihre Kinder (§. 590.). β) Alle übrige Kinder bringen die Erbſchaft auf ihre deſcendentes. L. *un. Cod. de his qui ante apert. tab.* γ) heredes deliberantes. L. 19. *Cod. de iure deliber.* So folget auch daraus 2) heredem adita hereditate in omne ius & omnem obligationem defuncti ſuccedere, und dahero muß er alle Schulden, die der Erbe gemacht hat, bezahlen, ob dieſelben gleich die vires hereditatis übertreffen. Wenn alſo viele coheredes ſeyn, ſo bezahlen von denſelben ein ieder die Schulden pro rata, obgleich dieſes mit ihren gröſten Schaden geſchehen ſolte. Weil aber dieſes doch gleichwol etwas ſehr hartes war, und alſo die Teſtamente mehrentheils deſtituiret wurden, wenn die heredes ſcripti ob æs alienum latitans die Erbſchaft nicht antreten wolten: ſo ſind nachhero einige beneficia erfunden worden, von welchen wir bald hernach in den folgenden §. §. handeln wollen. Wir ſchlieſſen ferner daraus, 3) daß die aditio hereditatis zugleich ein quaſi contractus ſey §. 5. *Inſt. de oblig. quæ quaſi ex contr. naſcuntur.* Denn indem der Erbe die Erbſchaft antritt: ſo wird dafür gehalten, daß er ſich den legatariis und fideicommiſſariis verbindlich gemacht habe, daß er alles dasjenige, was im Teſtament geſetzet worden, leiſten wolle. Daher auch dieſelben die actionem ex teſtamento gegen den Erben haben, ad legata & fideicommiſſa ſolvenda (§. 986.).

§. 597. 598. Weil nun auf ſolche Art der Erbe einen ſehr harten Stand bekam, daß er alle Schulden des Verſtorbenen bezahlen muſte, wenn auch gleich dieſelben die Kräfte der Erbſchaft überſtiegen: ſo hat man den Erben zum Beſten, wie wir gemeldet haben, einige beneficia erfunden, deren ſie ſich bedienen kön-

nen, und ſich vor den Schaden in acht nehmen, welcher ihnen aus Antretung der Erbſchaft eines verſchuldeten Mannes erwachſen kan, nemlich das ius deliberandi und beneficium inventarii. Das ius deliberandi iſt ein Zeitraum, welchen die Geſätze den Erben geben, daß er die Kräfte der Erbſchaft binnen denſelben nebſt den Schulden erforſchen, und bei ſich überlegen kan, ob er die Erbſchaft wolle antreten oder fahren laſſen. Dieſer Zeitraum iſt nicht allezeit einerlei: denn entweder verlangen die Gläubiger die Zahlung, oder es urgirt dieſelbe niemand. Im letztern Falle hat der Erbe dreißig Jahr zeit, binnen welchen er deliberiren kan, ob er die Erbſchaft antreten will oder nicht: Denn von ſo langer Dauer iſt die hereditatis petitio. Im erſten Fall aber wird das ſpatium deliberandi entweder von dem Landes-Fürſten, oder von der Unter-Obrigkeit zugeſtanden. Wenn es der Landes Fürſt zugeſtehet, ſo währet daſſelbe ein Jahr: wenn es aber magiſtratus verwilliget, ſo dauert daſſelbe neun Monate. Allein es iſt der Gebrauch dieſer Rechts-Wohlthat nicht eben allzu frequent, weil das andere beneficium, das man hat, viel beſſer und erſprießlicher iſt, als wodurch es geſchiehet, daß ein ieder ſogleich ohne die geringſte Gefahr zu beſorgen, die Erbſchaft antreten kan.

§ 599. Hier kommen wir auf die zweite Rechts-Wohlthat, ſo von dem Keiſer *Iuſtiniano* in l. *ult. Cod. de iur. delib. Nov. 1.* c. 2. eingeführet worden, und welches das beneficium inventarii genennet wird. Hier hat man nun darauf zu ſehen, theils, wie das inventarium geſchehen müſſe, theils, worin die Wirckung deſſelben beſtehe? Die Art und Weiſe das inventarium zu machen oder wie es ſonſt in unſern Rechten genennet wird, das repertorium, iſt folgendermaſſen von dem Keiſer *Iuſtiniano* vorgeſchrieben worden, a) daß es muß binnen 30. Tagen, von dem Tage an gerechnet, da es einem bekannt worden, angefangen werden: alwo zugleich an allen Orten angenommen iſt, daß wenn der teſtator verſtirbet, ſogleich die gerichtliche Verſiegelung geſchehen muß, damit währender Zeit, da das inventarium gemachet wird, nicht etwa was von der Erbſchaft möge entzogen werden. b) Muß daſſelbe binnen ſechzig Tagen, oder wenn die Erbſchaft groß und weitläuftig iſt, binnen einem Jahre zu Stande kommen, damit nemlich die Gläubiger nicht allzulange mögen aufgehalten werden. c) Müſſen die tabelliones, oder die Herren Notarii publici darzu gezogen werden, welche alle Erbſchafts-Sachen in eine richtige Ordnung bringen. d) Wird auch erfordert, daß alle diejenigen, welchen daran gelegen iſt, z. E. die legatarii oder coheredes abſentes dazu müſſen eingeladen werden. e) Wenn dieſe nicht dabei ſeyn können, müſſen zum wenigſten fünf tüchtige Zeugen dazu gezogen werden. f) Wenn das inventarium ſeine Vollſtändigkeit erhalten hat, ſo ziehet der Erbe die Summe, und unterſchreibet ſogleich ſeinen Namen, oder wenn er des Schreibens

bens unerfahren iſt, muß der Herr Notarius an ſtatt ſeiner unterſchreiben. HERTIVS d ſſert. *de effectibus genuinis non confecti inventarii.* Wenn dieſe requiſita alle ſind beobachtet worden; ſo iſt das inventarium recht verfertiget: und da kommen wir nun auf die zweite Frage, was daſſelbe vor Wirckungen habe? Wir antworten darauf, daß die Wirckungen deſſelben mancherlei ſeyn. 1) Iſt eine Wirckung, daß der Erbe nicht gehalten iſt, die Schulden weiter zu bezahlen, als ſich das Vermögen der Erbſchaft erſtrecket. 2) Wircket das inventarium auch, daß die Vermiſchung der Güter verhindert wird; und dahero 3) kan ſich auch der Erbe ſelbſt bezahlen, wenn ihm der Verſtorbene iſt ſchuldig geweſen. 4) So wircket auch das inventarium dieſes, daß wenn kein Geld in der Erbſchaft vorhanden iſt, der Erbe Haus, Aecker, Weinberge, und andere Sachen, auch wider Willen der Gläubiger in ſolutum geben kan: ja er kan 5) allen Gläubigern, welche kommen, und etwas fordern, ſine reſpectu prælationis auszahlen, welches er alles nicht thun könte, wenn er kein inventarium verfertiget hätte. Letzlich wircket auch 6) das inventarium dieſes, quod res hereditariæ creditoribus pereant. HENRICVS HAHN *de inventario.*

§. 600. Bisher haben wir von Antretung der Erbſchaft gehandelt; weil nun aber ein extraneus heres die Erbſchaft nach Gefallen kan fahren laſſen: ſo müſſen wir hier etwas von der repudiatione hereditatis beibringen. Es geſchiehet aber die repudiatio hereditatis entweder mit Worten, oder mit der That, wenn ſich der eingeſetzte Erbe entweder ausdrücklich erkläret, daß er nicht Erbe ſeyn wolle, oder wenn er das ſpatium deliberandi vorbei laufen läßet, und mittlerweile die Erbſchaft weder antritt, noch ſich als einen Erben aufführet. Hierbei aber iſt wohl zu mercken, daß hier keine Reue ſtatt finden könne, ſondern wenn einer einmal die Erbſchaft angetreten hat, ſo kan er dieſelbe nicht wieder fahren laſſen, ob er gleich davon ſolte Schaden haben; es wäre denn, daß er ein minor geweſen, welcher der Prætor, wenn er beſchädiget worden, durch die reſtitutionem in integrum zu Hülffe kömmt, L. 7. §. 10. D. *de minor.* Alſo, wer auch einmal die Erbſchaft hat fahren laſſen, der kan dieſelbe hernach nicht wieder antreten, weil, wenn die repudiatio geſchehen iſt, die heredes ab inteſtato ſogleich ein Recht erlangen, welches ihnen wider ihren Willen nicht kan genommen werden.

Zu Folge unſerer Gewohnheit müſſen wir nunmehr ſehen, ob auch alle dieſe Lehren bei den Teutſchen angenommen geweſen, und was dieſelben hierin eigentlich vor Rechte gehabt haben. Unſere alten Teutſchen haben von den heredibus neceſſariis, ſuis & neceſſariis, ac voluntariis nichts gewuſt, vielmehr iſt gewiß, daß bei den Teutſchen alle Erben heredes voluntarii

tarii gewesen sind. Wir sind im Stande, dieses a priori zu demonstriren, nemlich aus den Ursachen, aus welchen dieser Unterschied entstanden ist. Denn die suitas, oder das ius sui entstunde bei den Römern aus der väterlichen Gewalt: die necessitas aber kam ex legislatoria testatorum auctoritate her. Nun aber haben die Teutschen diese beiden Grundsätze niemals angenommen, daher denn auch dieser Unterschied ihnen gantz unbekannt gewesen ist. So erlaubet auch der *L. Burgund. Tit.* LXV. den Kindern nicht weniger, als andern Erben die väterliche Erbschaft fahren zu lassen: *si qua mulier vidua filios habens, si & illa & filii sui cessionem de bonis mariti, qui defunctus est, fecerint, nullum ex debito ipsius repetitionem aut calumniam patiatur.* Noch vielweniger ist den Teutschen bekannt gewesen, was die Römer von den Knechten als heredibus necessariis geschwatzet haben. Denn die Ursache, welche wir oben angeführet haben, warum ein Knecht seines Herrn Erbe seyn muste, bestunde darin, ne ignominia adficiatur testator post mortem, si bona eius nomine distrahantur. Allein die Teutschen haben niemals die Erben mit einer Schmach beleget, in deren Namen die Güter verkaufet worden, sondern solches ist denjenigen wiederfahren, welche mehr Schulden gemacht, als sie haben bezahlen können. Ob nun aber gleich bei den Teutschen die heredes necessarii unbekannt waren: so ist doch kein Zweifel, daß die Kinder ipso iure Erben gewesen sind, und dahero nicht nöthig gehabt haben, die Erbschaft anzutreten. Was die übrigen Erben anbelanget, so musten dieselben die Erbschaft, wenn sie in beweglichen Sachen bestunde, binnen gar und Tage antreten; bestund sie aber in unbeweglichen Sachen: so muste dieses binnen 30 Jahren, Jahr und Tag geschehen. Denn wenn diese Zeit verflossen war, so glaubte man, der Erbe sey gestorben, und indessen eignete sich der Fiscus die Erbschaft zu. Sächsisch Landrecht *Lib. I. art.* 28 seqq. Von diesen aber gehet das Schwäbische Landrecht ab, wie denn auch in dem Sächsischen Landrecht *art.* 29. jes heisset: des Reichs-Schatzkammer, und die Schwaben, mögen sich nimmer verschweigen an ihrem angefallenen Erb, dieweil sie es bezeugen mögen, und dieses wird im Schwäbischen Landrecht c. 270. wiederholet. Der Schwaben-Spiegler leitet dieses Recht von Keiser Carl den Grossen her, da er saget: dis Recht gab der König Carle den Schwaben, das beschah bei den Zeiten, da die Römer den Pabst Leo hätten erblendet, der was Königes Carls rechter Bruder. Darnach besaß der König Carle Rom, da fiel der Hertzog Gerold von Schwaben bei den ersten in Rom, und mit der Schwaben Hülff gewann der König Carle Rom, und gesieget den Römern an. Allein daß dieses eitele Grillen seyn, solches fällt einem gleich in die Augen. Es war

auch

auch ferner bei den Teutſchen in ihren Rechten dieſes ein beſonderer Grundſatz, daß die poſſeſſio hereditatis nicht ſolemniter zu ergreifen, ſondern ipſo iure auf den Erben gehe. Denn obgleich die alten Geſatze der Teutſchen davon ſtille ſchweigen: ſo hat doch SIMON *van* LEEVWEN *in Cenſura, forenſ. lib. III.* c. XIX. §. 3. gewieſen, daß dieſes eine allgemeine Regel geweſen: *le mort ſai ſit le vif.* Man mag dieſes wohl auf gantz Teutſchland ziehen: wie denn dieſes auch SCHILTER in *Praxi iuris Romani in foris Germaniæ. Exerc. XV.* §. 13 ſeqq. aus dem Sächſiſchen Landrecht *lib. III. art.* 83. und dem Schwäbiſchen Landrecht c. 245. gewieſen. Vornemlich aber iſt die Stelle im Schwäbiſchen Landrecht *l. c.* klar, alwo es heiſſet: was man einem Manne oder Weibe giebet, daß ſollen ſie drey Tage beſitzen: was ſie aber mit Klage erfordern, oder auf ſie geerbet iſt, das dürffen ſie nicht beſitzen. Die *Gloſſa* ſetzet dazu dieſe Urſache: Kombt einer alſo in eines Dinges Beſitzung, ob ihm Erb anſtirbt. Dis gut hat er albereit in ſeinen Gewehren, und beſitzt es. Dieſes Recht iſt heut zu Tage faſt an allen Orten durch das Römiſche Recht ausgebiſſen worden: allein daß dem ohngeachtet ſich noch ietzo daran an einigen Orten Ueberbleibſel finden, ſolches hat BEYER *in Poſit. ad Pand. Tit. de adquir. vel omitt. hered.* §. 2. ſeqq. gewieſen. Was die Verbindung des heredis univerſalis bei den Teutſchen betrift: ſo hieß es ebenfals bei ihnen, der Erbe tritt in alle Rechte und Verbindungen des Verſtorbenen. Und da finden wir bei den Francken, daß die Schulden von dem Erben bezahlet worden, ſie mochten ſo groß ſeyn, als ſie wolten. In L. *Ripuar. Tit.* LXVII. §. 1. kömmt folgende Verordnung vor, welche davon zeuget: *Si quis moriens debitoſus, aut teſtamenta venditionis, ſeu traditionis, aliqua fecerit, ſi filios aut filias non reliquerit, quicumque de parentibus ſuis, quantum unus ſolidus valet, in hereditatem acceperit, vel Weregildus eius, ſi interfectus fuiſſet, legitimæ obveniebat, omne factum eius idoneare ſtudeat, aut culpam incurrat.* Daß dieſes auch bei den Burgundiern im Gebrauch geweſen, davon zeuget *L. Burgund. Tit. LXV.* §. 2. Hingegen haben die Weſtgothen nicht zugelaſſen, daß die Erben über das Vermögen der Verlaſſenſchaft ſo beſchweret werden dürffen, welches aus dem *L.* WISIGOTH. *lib VII. Tit. V.* §. 8. klar erhellet. Daß es bei den Sachſen auch ſo gehalten worden, iſt bekannt. Denn in den Sächſiſchen Landrechte *Lib. 1. art. 6.* ſtehet davon folgendes: Wer das Erbe einnimmt, der ſoll zu Rechte die Schuld gelten, als ferne das Erbe währet, mit der fahrenden Haab. Ja es war bei den Sachſen die Gewohnheit, daß ſie den Erben nicht einmal zwungen, andere facta des defuncti zu leiſten. Und hieher gehören die Worte des Sächſiſchen Landrechts *lib. 1. art 10.* Stirbt auch einer, der ſein Gut einem andern auflaſ-

ſen ſoll, deſſen Sohn iſt es nicht pflichtig aufzulaſſen, er habe es denn ſelber mit gelobet, oder Bürgen davor geſetzet. Wie auch die Worte *lib. 1. art. 6.* Dieberey, Raub, oder Spiel-Geld iſt er, (der Erbe,) nicht pflichtig zu gelten, noch keine dergleichen ſchuld, denn ſolche, der er Nutz oder Wiedererſtattung empfangen hätte, oder da er wäre Bürge für worden. Von dem Sachſen-Rechte gehet das Schwäbiſche Landrecht in einigen Stücken ab, als welches c. 254. ohne einige Ausnahme ſetzet: Wer Erbe nimmt, der ſoll auch nach Recht die Schuld gelten, die der Todmann gelten ſoll, die man weiß. Jedoch kan man auch aus dem c. 356. ſchlieſſen, daß der Erbe des Bürgen über das Vermögen der Erbſchaft nicht gehalten geweſen. Alſo wird auch c. 255. nicht zugelaſſen, daß der Erbe aus dem Verbrechen des Verſtorbenen ſoll gehalten ſeyn, und nicht ſchuldig iſt, Diebheit, noch Spiel, noch Raub, noch Wucher herauszugeben. Wiewol der Schwaben-Spiegler einige Ausnahmen hinzuſetzet, welche ſcheinen aus den Römiſchen Rechten genommen zu ſeyn, nemlich; Iſt aber ain Schuld auf in ertzewget, an die, die ich yetzund genennet han, die ertzewgte Schuld ſollent die Erben püſſen dem Schläger und dem Richter. Hat er diß Gut verzehret mit den Erben, ſie ſollen es gelten gar: aber haben ſie das nicht genoſſen, und iſt auf den Toden nicht gezewget, ſie gelten ſein nicht. Wir zweifeln auch nicht, daß nach dem Schwäbiſchen Rechten der Erbe ſchuldig geweſen, die Facta des Verſtorbenen zu leiſten, und die von demſelben geſchloſſenen Contrakte zu erfüllen. Wir treffen zwar davon dem Sachſen-Rechte nicht gleiches an; hingegen ſaget der Schwaben-Spiegler c. 334. ausdrücklich: Stierbt der Mann, dem das Gut alſo (Pachtweiß) gelaſſen iſt, ſein Erbe tritt an ſeine Statt, und giebet davon, daß iener gelten ſoll. Stierbt auch der Herr, ſo gebe man ſeinen Erben, daß man dem Herrn geben ſoll. Und von dem Erben der Bürgen ſaget eben derſelbe c. 235. Und welcher ſtierbt unter den Bürgen, die Erben ſollen ſeinen Theil für ihn gelten, ohne ſeine Lehen, da gilt niemand von, dann ſe in ſelbs ſchulde. Was das benefcium inventarii betrift: ſo ſcheinet es, daß die Verfertigung des inventarii nach Sachſen-Rechte nicht allzu nöthig geweſen, theils, weil die Teutſchen Rechte den Erben über das Vermögen der Erbſchaft nicht verbunden, und alſo kein inventarium nöthig war: SCHILTER *in Prax. iur. Rom. in for. Germ. Exerc. XXXVIII.* §. 151. theils, wenn Streit wegen des Vermögens der Erbſchaft entſtunde, eine eidliche Specification hinlänglich war. Und daher hält WESENBECIVS *Conſil. XIII.* n. 24. dafür, daß die Verfertigung des inventarii nützlich ſey, weil hernach der Erbe nicht kan auf den Eid getrieben werden.

Heut

Heut zu Tage pfleget man in den Gerichten darauf alternative zu erkennen: daß Beklagter ein beglaubtes Inventarium, oder eidliche Specification zu ediren schuldig. Dieses aber ist etwas besonders, daß gleichwie nach den Römischen Rechten von dem Tode des Verstorbenen an der Erbe vor Ablauf der neun Tage nicht konte belanget werden *Nov 115. c. 5.* also haben auch die Teutschen, und vornemlich die Sachsen von uralten Zeiten her dem Erben dreißig Tage zugestanden, binnen welchen der Erbe nicht durfte belanget werden, noch auf die Theilung der Erbschaft zu dencken war. Sächsisch Landrecht c. 261. Lübische Recht *Lib. II. Tit. II. art.* 27. Es hat von dieser Sache der ehemalige Wittembergische Professor, CASPAR HENRICVS HORN, eine dissertation *de die tricesimo* gehalten, welche wir nachzulesen recommendiren. Indessen ist zu mercken, daß diese Gewohnheit sehr alt sey: wie denn DITMARVS MERSEBVRGENSIS *lib. V.* p. 366 edit. LEIBNIT. alwo er von der Ermordung des Marckgrafen Eccardi redet, dieser Gewohnheit folgender massen Meldung thut: *Hermannus accepta nece parentis improuisa, cum matre celeriter occurrit, patrisque corpus ingenti luctu suscipiens, in urbe, quae Iena dicitur, sepelire fecit. Peracto autem* tricesimo die, *domina Suonachilda ad Missni proficiscitur cum filiis.* Nachdem aber die Testamente bei den Teutschen im Gebrauch gekommen sind, und dieselben angefangen haben, selbige wegen ihrer Seelen Heil zu verfertigen: so hat man auch geglaubet, daß die Erben ex quasi contractu schuldig seyn, die legata, und was der testator sonst hinterlassen, zu zahlen. Unterschiedene Gesätze, welche hieher gehören, findet man in *Capitular. Reg. Francor. Lib. VII.* §. 246. seqq. worin gesetzet wird, daß die Erbschaft denjenigen, welche wider den Willen des Verstorbenen gehandelt, soll genommen werden. Dahin gehöret auch die Satzung *Ludovici Pii Addit. III. Capitul.* §. 55. *ut si heredes iussa testatoris non impleverint, ab Episcopo loci illius omnes res, quae his relicta sint auferantur cum fructibus & ceteris emolumentis, ut vota defuncti impleantur.* Weil aber dieses ein gar zu starckes Zwangmittel, und sehr gewaltsam war: so ist an dessen Stelle der Kirchen-Bann eingeführet worden, womit die Erben bedrohet werden, wenn sie sich in Auszahlung der Vermächtnisse zu milden Sachen säumig erzeiget werden, c. 19. X. *de testamentis.* Aus demjenigen, was bishero vorgetragen worden, wollen wir nun folgende Schlusse ziehen. Da bei den Teutschen alle Erben voluntarii heredes sind, so folget daraus, daß was die Einsetzung der Knechte zum Erben betrift, solches sich auf die heutigen Zeiten gar nicht schicke, wie solches schon der Herr THOMASIVS *in Not. ad Instit. Lib. II. Tit. XIX.* p. 194. angemercket hat. Ferner ersehen wir auch daraus, daß der Unterschied inter beneficium abstinendi, welches den Kindern gegeben worden, & repudiationem heredi-

datis, deren ſich extranei bedienten, wie auch inter immixtionem ſuorum & pro herede geſtionem extraneorum heut zu Tage nicht beobachtet werde. SIMON *van* LEUWEN *Cenſura forenſ.* P. I. *lib.* III. c. 10. n. 15. Da auch ferner in Teutſchland die Erbſchaften nicht per ſolemnem aditionem, ſondern durch ein iedes factum erworben werden: ſo kan man leichtlich die Urſache angeben, warum in Sachſen und an vielen andern Orten in Teutſchland, alwo das Römiſche Recht nicht Platz ergriffen hat, der Beſitz ſogleich auf die Erben gehet. Weiter kan man daraus erſehen, warum bei uns ein procurator, der ein ſpeciale mandatum hat, die Erbſchaft antreten kan, und auch einem furioſo dieſelbe durch ſeinen Curator erworben wird. CARPZOV. *lib. III. Reſp. XI. n. 10.* P. I. *Deciſ.* XXIX. n. 4. STRYK in *Vſu Mod. Lib.* XXIX. *Tit.* II. §. 5. Letzlich erſehen wir auch daraus, warum eine nicht angetretene Erbſchaft, wenn nur bekannt iſt, daß man dieſelbe nicht hat fahren laſſen, auf die Erben gebracht werde. Es macht zwar hier HORN *in diſſert. de die trigeſimo* §. 28. einen Zweifel, welchen auch der Verfaſſer des *Vſus Moderni* folget *c. l.* §. 6. Allein da dieſer ſelbſt geſtehen muß, daß heut zu Tage keine ſolemnis aditio erfordert werde, ſondern eine iede Erklärung genug ſey, ſo ſiehet man, daß dieſes mit unſerer Lehre ziemlich überein komme. Weil auch ehemals bei den Teutſchen das Inventarium nicht im Gebrauch war, indem der Erbe nicht über das Vermögen der Erbſchaft gehalten wurde: alſo pfleget auch heut zu Tage es ſelten zugeſchehen, daß wenn ja inventaria verfertiget werden, man dabei alles ſo ſorgfältig beobachten müſſe, wie es der Keiſer *Iuſtinianus* haben will. THOMASIVS *Not. ad Inſtit. Lib.* II. *Tit.* XIX. Ja da wir heut zu Tage an ſtatt deſſelben die eidliche Specification haben: ſo werden ietzo ſelten dergleichen inventaria verfertiget. SCHILTER *in Praxi Iur. Rom. in for. Germ. Exerc.* XXXVIII. §. 150. Vornemlich aber iſt in Sachſen dergleichen nicht nöthig, da die Erben nicht über das Vermögen der Erbſchaft verbunden ſind, ob dieſelben gleich kein inventarium verfertiget haben. CARPZOV. P. III. *Conſt. 33. Def.* 18. Da auch die Erben nach den Teutſchen Rechten nicht alle facta des Verſtorbenen zu leiſten ſchuldig wären: ſo hat man auch in den folgenden Zeiten darnach geſprochen, wie COLERVS *Deciſ. VIII.* n. 2. bezeuget. Wiewol hernach iſt in Sachſen ſelbſt dieſes mehrentheils durch die neuern Geſätze abgeſchaft und verändert worden, weil die Rechtsgelehrten die Römiſchen Rechte viel höher als die Teutſchen gehalten haben. Vornemlich aber iſt dieſes zu den Zeiten des Churfürſten Auguſti in Sachſen geſchehen, da die Doctores I. V. die alten Schöpfen beinahe aller Orten verdrungen haben, und bei Hofe in groſſes Anſehen gekommen ſind. Die gantze Geſchichte dieſes innerlichen Krieges zwiſchen den Doctoribus und den Schöpfen hat der ſel. THOMASIVS

in

in Verſuch von *Annalibus*, ſo ſich bei Melchiors von Oſſe Teſtament finden, ordentlich beſchrieben. Da nun dieſes in Sachſen geſchehen iſt: ſo darf man ſich nicht wundern, daß an denjenigen Orten, wo das Römiſche Recht angenommen iſt, auch deſſen Satzungen von der Verbindung der Erben ad facta defuncti gelten. Von dem oben angeführten dreyßigſten Tage iſt zu mercken, daß von dem Tode des teſtatoris an, bis zum Verlauf dieſer Zeit, die beweglichen Sachen müſſen verſiegelt, und für die Leichen-Beſtattung des Verſtorbenen von der Witwe mit Zuziehung der Erben muß Sorge getragen werden. Es können auch vor Verflieſſung dieſer Zeit die Diener Knechte und Mägde nicht aus dem Dienſte gelaſſen, noch der Beſitz von der Erbſchaft ergriffen werden. Die Gläubiger können binnen dieſer Zeit die Erben nicht belangen; wie denn auch den Erben nicht frei ſtehet, das Teſtament zu eröfnen, oder ein inventarium zu machen, oder zu theilen. HORN *de die tricéſimo* §. 50 ſeqq.

Tit. XX.

De Legatis.

§. 601. 602.

Hier gehet der Keiſer Juſtinianus in etwas von ſeiner Ordnung ab, welche er einmal erwehlet hatte. Nemlich, da die modi adquirendi, von welchen hier geredet wird, vel univerſales, vel ſingulares ſind: ſo hat derſelbe bisher von dem modo univerſali, nemlich de hereditate angefangen zu handeln. Nun erforderte die Ordnung, daß auch die übrigen modi adquirendi univerſales durchgenommen würden. Nachdem aber der Keiſer *Juſtinianus* dieſelben in das dritte Buch geworfen hat, ſo miſchet derſelbe die Lehre mit de legatis ein, da doch ein legatum ein modus adquirendi ſingularis iſt: allein da lieget nichts an, wir müſſen der einmal erwählten Ordnung des Keiſers *Juſtiniani* folgen. Zu allererſt wird hier die Frage zu erörtern ſeyn, was ein legatum ſey? Der alte Rechtsgelehrte MODESTINVS hat in L. 36. D. *de Legat. II.* davon folgende definition gegeben, *quod ſit donatio teſtamento relicta.* Der Keiſer *Juſtinianus* aber iſt damit nicht zufrieden geweſen, und hat in §. 1. *Inſt. h. t.* dieſe definition geſetzet, *quod ſit donatio quædam a defuncto relicta ab herede præſtanda.* Wir können aber dieſe definition nicht paßiren laſſen. Denn a) iſt die donatio ein pactum, welches ohne beiderſeitige Einwilligung nicht beſtehen kan: hingegen iſt legatum liberalitas uni-

lateralis, welche auch unwiſſend des legatarii geſchiehet. β) So iſt auch falſch, daß der Erbe allezeit das legatum leiſten müſſe, weil auch dem legatario kan anbefohlen werden, daſſelbe zu geben. Weil nun alle beede definitiones ſich falſch befinden: ſo wollen wir eine beſſere definition aus dem L. 116. *princ.* D. *de Legat. I.* nehmen, alwo daſſelbe folgendermaſſen beſchrieben wird: *Legatum eſt delibatio hereditatis, qua teſtator ex eo, quod univerſum heredis foret, alicui quid collatum vult verbis directis.* Warum wir dieſe definition vor den andern übrigen erwählet haben, das wird hoffentlich ein ieder leicht ermeſſen können. Wenn aber iemand die Frage aufwerfen ſolte, wie die legata von den fideicommiſſis unterſchieden ſeyn? dem können wir die Antwort gleich aus unſerer definition geben. Denn 1) wurden die fideicommiſſa verbis precativis (bittweiſe), die legata verbis directis vel imperativis (befehlsweiſe) hinterlaſſen. Und eben daher hat das legatum den Namen bekommen, weil legare eben ſo viel heiſſet, als legis modo præcipere, iubere, mandare, wie dieſes VLPIANVS *in Fragment. Tit. XXIV. §. 1.* angemercket hat. Dieſes wird auch aus einer Stelle bei PLAVTO *in Caſinar. Act. 1. Scen. 1. v. 12.* erläutert, alwo es heiſſet:

Quin potius, quod legatum eſt ibi negotium
Id curas, atque urbanus rebus te abſtines.

Beſiehe auch davon ACRON. *ad Horatium Serm. lib. I. Sat. 1. v. 9.* Daher denn auch diejenigen Perſonen, welche mit gewiſſen Vollmachten an auswärtige Staaten geſendet werden, Legati heiſſen. Deswegen heiſſen relegati auch diejenigen, qui lege civitatis ex urbe vel provincia exeſſe iubentur. Dahero flieſſet aus dieſem Worte ſelbſt, daß die legata verbis imperativis müſſen vermachet werden. 2) Ehemals waren auch die legata von den fideicommiſſis darin unterſchieden, daß die fideicommiſſa in codicillis teſtamento non confirmatis konten verlaſſen werden, die legata aber nothwendig in firmatis teſtamentis muſten vermachet werden, welches nicht allein aus VLPIANI *Fragment. Tit. XXV. §. 3* und 8. ſondern auch aus einer Stelle bei PLINIO *lib. II. ep. 16.* erhellet, alwo PLINIVS ſaget: *codicillos non confirmatos teſtamento, pro non ſcriptis haberi etiam iis notum eſſe, qui nihil aliud ſciunt.* So konten auch 3) die fideicommiſſa in Griechiſcher Sprache verlaſſen werden, die legata aber nur in Lateiniſcher, quæ iure erat lingua legi latoria. VLPIANVS *in Fragment. Tit. XXV §. 8. 9.* Letzlich iſt auch darin ein Unterſchied anzumercken, 4) ut legata ſtrictius, fideicommiſſa benignius eſſent interpretanda. Und ſo groß war ehemals der Unterſchied inter legata & fideicommiſſa, welchen aber der Keiſer *Iuſtinianus* gäntzlich aufgehoben, und die legata den fideicommiſſis, die fideicommiſſa aber den legatis gleich gemachet hat: wovon wir bald unten umſtändlich handeln wollen.

§. 603-605.

§. 603. 605. Wir haben nunmehro geſehen, was die legata ſeyn, ietzo kommen wir auf die Frage, wie vielerlei dieſelben ſeyn? Ehemals waren die legata von viererlei Art, deren definition uns THEOPHILVS *in Paraphraſ Inſtit. h. t.* VLPIANVS *in Fragment. Tit. XXIV.* §. 2. PAVLLVS *lib. III. Receptar. Sentent. Tit. VII.* und CAIVS *in Inſtit. Lib. II. Tit. V.* §. 1. aufbehalten haben. Nemlich es wurden einige legata hinterlaſſen per vindicationem, und zwar mit dieſen Worten: *Do, lego, ſumito, capito, habeto*, welchen CAIVS *c. l.* die Formel beifüget: illam rem tibi præſume, vindica. Nach dieſen Formeln konten nur die Sachen, welche in dem dominio teſtatoris waren, vermachet werden, und dergleichen legatum hatte dieſe Wirckung, daß der legatarius nach Abſterben des teſtatoris gleich Herr ward, und ſich die Sache als eine eigene zueignen konte. Dergleichen legatum war dasjenige, deſſen VIRGILIVS *lib. V. Aeneid. v.* 533. gedencket:

Sume, pater, (nam te voluit rex magnus Olympi.
Talibus auſpiciis exſortem dicere honorem)
Ipſius Anchiſæ longævi munus habebis.

Dabei mercket der *Scholiaſtes* SERVIVS folgendes an: *Sume, percipe. Nam verbum eſt Iureconſultorum, quoties legatum non ab herede datur, ſed eſt in accipientis arbitrio.* Andere legata wurden per damnationem vermachet, und zwar mit den Worten: *Heres meus damnas eſto dare, dato, facito, heredem meum dare iubeo.* VLPIANVS *l. c.* Durch dergleichen Formeln konten ſowol eigene, als auch andere Sachen, vermachet werden. Eben der angeführte SERVIVS *ad* VIRGIL. *Aeneid. lib. XII. v.* 727. erkläret dieſe Sache ſchöne, da er ſchreibet: *In iure quum dicitur* Damnas eſto, *hoc eſt, damnatus es ut des, hoc eſt, damno te, ut des, neque alias libereris.* Wenn dieſes geſchehen war, ſo wurde der legatarius nicht ſo gleich dominus der vermachten Sache, ſondern wenn ihm das legatum nicht ausgezahlet wurde: ſo muſte er daſſelbe actione perſonali ex teſtamento ſuchen. Andere legata wurden vermachet ſinendi modo, welches auf dieſe Art geſchahe: *Heres meus damnas eſto ſinere* L. *Titium ſumere illam rem, ſibique habere.* VLPIANVS *in Fragment. Tit. XXIV.* § 5. CAII *Inſtit. Lib. II. Tit. V.* §. 9. Hier war zwar eine damnatio heredis, aber es wurde ihm auch zugleich erlaubet, etwas zu nehmen. Durch angeführte Formel konten die res teſtatoris oder des Erben vermachet werden, und die Wirckung davon iſt dieſe, daß der legatarius durch eine perſonal-Klage konte gezwungen werden, daß er die vermachte Sache nehmen laſſen möchte. Endlich wurden einige legata hinterlaſſen modo præcipiendi, und da brauchte man folgende Worte: L. Titius illam rem præcipito; præcipuam hanc rem habeto. VLPIANVS *in Fragment. Tit. XXVI.* §. 6. Wenn einem eine ſolche

che Sache war vermachet worden, so pflegte man solches prælegatum oder præcipuum zu nennen. FESTVS *voce Excipuum* p. 284. Und dieses wurde mehrentheils einem von den coheredibus vermachet, wovon sich die Exempel bei VALERIO MAXIMO *lib. VII.* c. VIII. §. 4. PLINIO *lib. V.* ep. 7. SIDONIO APOLLINARI *lib. VI.* ep. 12. finden. Die Wirckung dieses legati bestunde darin, daß ehe die Erben die Erbschaft theileten, der Miterbe dieses prælegatum aus der gemeinen masse der Erbschaft voraus nehmen konte. Es ersiehet daraus ein ieder gar leichte, daß dieser vierfache Unterschied ehemals von grosser Wichtigkeit gewesen, und doch wird in den Pandekten desselben niemals Meldung gethan, weil *Tribunianus*, wie schon *Salmasius* angemercket hat, alle diese Wörter weggelassen, wovon wir die Ursache bald (§. 605.) betrachten wollen. SCHVLTING *Iurispr. Anteiust.* p. 849.

§. 506. Denn als der Keiser *Iustinianus* merckte, daß so viele Unterschiede die Rechte ziemlich dunckel machten: so hat derselbe gar klüglich zweierlei aus den alten Rechten geändert. Denn 1) hat er gesetzet, daß inter legatum & fideicommissum, ausser den Formeln der Wörter, kein Unterschied seyn, sondern alle von einerlei Natur und Eigenschaft solten gehalten werden. 2) Hat er auch gesetzet, daß unter den legatis selbst kein Unterschied seyn solte, sondern daß alle dieselben, unter was für einer Formel sie auch vermachet worden, einerlei Wirckung haben solten. Es fällt also heut zu Tage aller Unterschied der legatorum und fideicommissorum, welchen wir oben (§. 602.) vorgetragen haben, gäntzlich hinweg. Es höret auch aller Unterschied der legatorum, welcher oben (§. 603.) erkläret worden, auf, und dahero ist heut zu Tage nur eine Art der legatorum noch im Gebrauch. Wenn wir aber dieses behaupten, so ist hier wohl zu mercken, daß dieses nicht auf die Formeln gehe. Denn noch heut zu Tage werden die legata verbis directis, die fideicommissa aber verbis precativis verlassen. Ja die fideicommissa haben dieses besonders, daß dieselben, wenn sie ohne eintzige Solennität hinterlassen worden, von dem Erben müssen geleistet werden, wenn der testator dem Erben deren Auszahlung befohlen hat, §. *ult. Instit. h. t.* L. *ult. Cod de fideicommiss.* Wir gehen nun nach unserer Weise zu den axiomatibus, welche aus demjenigen, was wir bishero vorgetragen haben, fliessen. Das erste axioma soll dieses seyn: omnia legata & fideicommissa, quibuscumque relicta verbis & formulis, eiusdem hodie effectus sunt, §. 2. *Inst. h. t.* L. 1. *Cod. commun. de legat.* Dieses axioma fliesset aus demjenigen, was wir kurtz vorher (§. 605.) gesaget haben, nemlich, daß aller Unterschied der legatorum und fideicommissorum von unsern Keiser *Iustiniano* aufgehoben worden. Das zweite axioma ist: legata quoque & fideicommissa ita per omnia exæquata sunt, ut, quod deest legatis; repleatur ex natura fideicommisso-

miſſorum, & ſi quid amplius eſt in legato, per hoc fideicommiſſorum natura creſcat, §. 3. *Inſt. h. t.* L. 1. D. *de Legat. I.* L. 2. *Cod. commun. de legat. & fideicommiſſ.* Alſo haben wir z. E. oben geſaget, daß ehemals die legata nur in Lateiniſcher Sprache haben müſſen vermachet werden, hingegen bei den fideicommiſſis der Gebrauch der Griechiſchen Sprache erlaubet geweſen. Weil aber die legata und fideicommiſſa nachgehends in allen Dingen einander gleich gemachet worden: ſo gehet es nunmehro an, daß die legata und fideicommiſſa in Lateiniſcher und Griechiſcher Sprache können vermachet werden. Das dritte axioma beſtehet darin: legatæ ſpeciei dominium ſine traditione ad legatarium tranſit ſtatim a morte teſtatoris, adeoque & dies legati pure relicti ab eodem tempore cedit. L. 80. D. *de Legat. II.* L. 64. D. *de furt.* Jedoch wird nicht gleich die poſſeſſio transferiret, als welche der legatarius zwar ergreiffen, aber von dem Erben erwarten muß, indem noch nicht bekannt iſt, ob der Erbe die quartam falcidiam in Sicherheit hat (§. 1296.). Bei den Erbſchaften verhält ſich die Sache gantz anders, wie wir oben geſehen haben. Denn der Erbe bekommt nicht eher das dominium, als bis er die Erbſchaft angetreten hat, wovon die Urſache gantz klar am Tage lieget. Denn eine Erbſchaft iſt in ſoweit mit einer Gefahr verknüpfet, weil man nicht weiß, ob Schulden vorhanden ſind, und deswegen würde dem Erben übel gerathen ſeyn, wenn er ſo gleich nach dem Tode des teſtatoris die Erbſchaft adquirirte. Der legatarius aber pfleget keine Schulden zu bezahlen, und deswegen iſt es ihm nützlich, wenn er ſogleich Herr von der vermachten Sache wird. Das vierte axioma mag dieſes ſeyn: legata ſine ſolemnitate, adeoque etiam in codicillis relinquuntur, L. 8. §. 1; 5. 6. D. *de iure codicill.* hierin ſind dieſelben wieder von der Erbſchaft unterſchieden, als welche nur ſolemniter kan verlaſſen werden. Hier möchte aber iemand einwenden, daß doch gleichwol die legata nicht gültig wären, wenn nicht fünf Zeugen dazu gezogen würden, L. *ult. §. ult. Cod. de iure codicill.* Allein es dienet darauf zur Antwort, daß dieſe Zeugen nicht ſolemnitatis cauſſa, ſondern probationis gratia, & ad evitandum falſum, darzu gezogen worden. Und dahero iſt es ſchon genug, wenn gleich die Zeugen nicht dazu erbeten worden, ja es können auch Weiber dazu gezogen werden, welche doch ſonſt bei einem Teſtament keine tüchtigen Zeugen abgeben können, obgleich BERNHARDVS HENRICVS REINOLDVS *in variis iuris*, c. V. p. 33. das Gegentheil mit gar ſchwachen Gründen verfochten hat.

§. 607. Hier kömmt die Frage vor, quis legare poſſit? Die Antwort iſt aus der Definition zu nehmen (§. 602.), alwo wir geſagt haben, das legatum ſey delibatio hereditatis. Wer alſo befugt iſt, einen Erben einzuſetzen, oder ein Teſtament zu machen, dem ſtehet auch frei, daß er ein legatum vermachen kan, und dahero wird hier alles dasjenige, was ehemals (*Tit. XII*)

gesaget worden, hier müssen wiederholet werden. Also haben wir z. E. gesehen, daß ein impubes und filius familias kein Testament machen können, woraus denn von selbst fliesset, daß dieselben auch nicht im Stande sind, legata zu vermachen. Hingegen haben wir auch gehöret, daß ein filius familias von dem peculio castrensi und quasi castrensi ein Testament machen kan: dahero ist kein Zweifel, daß er davon nicht auch solte legata vermachen können. Wenn wir aber gesetzet haben, qui potest testari, so ist nicht absolut nöthig, daß einer wircklich ein Testament mache, weil einer auch ab intestato ein legatum in codicillis vermachen kan, wie wir unten (§. 682.) sehen wollen.

§. 608. Hier kommen wir auf eine andere Frage, nemlich, quibusnam legata & fideicommissa relinqui possint? Darauf wird folgende Antwort gegeben, daß allen denjenigen können legata vermachet werden, welche tüchtig sind zu Erben eingesetzet zu werden. Wir haben davon oben (*Tit. XIV. seq*) gehandelt, und alda gesehen, daß die Collegia illicita nicht können zu Erben eingesetzet werden, dahero denn daraus folget, daß diese Collegia illicita keine legata bekommen können. Es ist aber hierbei eine Ausnahme, nemlich in legato alimentorum, welches für so favorable gehalten wird, daß es auch den incapacibus kan vermachet werden. L. 11. D. *de alim. & cibar.* Da wir ferner oben gesehen haben, daß auch ungewisse Personen können zu Erben eingesetzet werden, nemlich die Armen, Städte, collegia licita, postumus alienus: also können auch diesen legata vermachet werden. Wenn aber einer dem Knechte des Erben etwas vermachen wolte, daß würde gantz und gar unnütze seyn. Es möchte aber einer sagen, es kan ja sonst einem Knechte etwas vermachet werden. L. 82. D. *de adquir. vel omittend. hered.* Allein da der Knecht alles was er erwirbet seinem Herrn adquiriret: so würde es geschehen, daß wenn der Erbe seinem Knechte das legatum zahlen solte, er sich selbst zahlen würde, welches aber das allerabgeschmackteste wäre. L. 116. *de Legat. I.*

§. 609. Ferner wird hier die Frage zu erörtern seyn, a quo legari possit? Es muß aber diese Redens-Art vor allen Dingen recht verstanden werden. Ab aliquo legare bedeutet, einem befehlen, daß er das Vermächtniß zahlen soll. Weil nun aber dieses eine wirckliche rechtliche Bedeutung ist: also ist der Verstand dieser Frage eigentlich dieser, cuinam testator hoc iniungere possit, ut legatum præstet? Wir antworten darauf, daß ehemals nur den Erben können anbefohlen werden, legata zu zahlen, hingegen konte allen fideicommittiret werden, welche etwas aus den Testament bekamen. Allein nachdem die legata den fideicommissis in allen sind gleich gemachet worden; so hat man hierbei auf folgende Regel zu mercken: omnibus, qui aliquid

quid ex teſtamento accipiunt, iniungi poſſe, ut & legata & fideicommiſſa ſolvent, modo non magis onerentur, quam honorati. Daher iſt kein Zweifel, daß heut zu Tage die legata dem Erben, legatario, fideicommiſſario, donatario mortis cauſſa anbefohlen werden: mit einem Worte, legari poteſt ab omni, qui aliquid ex ultimo defuncti iudicio acipit. Alſo kan z. E. der teſtator ſagen; *Seio* lego fundum Tuſculanum, *Sempronio* 3000. imperiales a *Seio* ſolvendos. Aber, wenn z. E. *Mevio* 3000. Rthlr. vermachet worden wären, und ihm dabei anbefohlen würde, *Caio* 4000. Rthlr. zu zahlen, ſo würde dieſes närriſch herauskommen, weil *Mevius* mehr würde beſchweret, als beehret werden. Eben daraus erhellet, daß niemanden ſeine eigene Sache kan vermachet werden, oder welches einerlei iſt, nemini legari poteſt a ſe ipſo. Denn was würde das vor eine viſirliche Freigebigkeit ſeyn, wenn mir einer meine eigene Sache vermachen wolte? Wenn mir aber der teſtator mein Haus unter der Bedingung vermachet hat, wenn es aufhören wird, meine zu ſeyn: ſo iſt das legatum gültig, weil alsdenn der Erbe in dieſem Falle, da das Haus aufhöret, meine zu ſeyn, mir daſſelbe entweder wieder kaufen, oder den Werth deſſelben leiſten muß, L. 1. §. *ult.* D. *de reg. Caton.*

§. 610. 611. Die vornehmſte Frage iſt, welche Sachen vermachet werden können? Wir antworten, daß alle Sachen können vermachet werden, welche in rerum natura ſind, oder doch zum wenigſten möglich ſind, daß ſie exiſtiren können. Z. E. Wenn ein teſtator Sempronio die Weinleſe des folgenden Jahres vermachet, da iſt zwar dieſe Weinleſe noch nicht in rerum natura, weil ſie doch aber exiſtiren kan, und auch Hofnung vorhanden iſt, daß ſie exiſtiren wird: ſo wird dieſes Vermächtniß für gültig gehalten. Da nun ferner auch die res vel corporales vel incorporales ſind: ſo können von beeden Sorten legata gemachet werden. Alſo zweifelt auch niemand, daß einem nicht ſolte können der uſusfructus, ſervitus und ius venandi vermachet werden, obgleich alle dieſe Sachen res incorporales ſind. Jedoch wird dieſes eintzige erfordert, daß die vermachte Sache muß in commercio ſeyn, weil ſie ſonſt weder kan gegeben, noch angegeben werden. Ja, wenn ſie auch gleich in dominio iſt, ſo kan ſie doch nicht vermachet werden, wenn ſie in alienable iſt, z. E. tignum iunctum, L. 41. D. *de Legat. I.* Es würde alſo närriſch herauskommen, wenn einer einem die Kirche, das Meer, den Hafen, und dergleichen Dinge mehr vermachen wolte, quia hæ res omni commercio privatorum exemtæ ſunt, L. 29. §. 4. D. *de Legat. II.* Hierbei entſtehet eine ſchöne Frage, wenn einem die Früchte eines gewiſſen Guts vermachet worden, und wenn alsdenn in demſelben keine Früchte wachſen, ob das Vermächtniß wo anders her müſſe geleiſtet werden? Wir müſſen dieſe Frage

mit einem Unterſchiede beantworten, ob nemlich der fundus demonſtrationis cauſſa, an taxationis gratia hinzugeſetzet worden. Man hält dafür, daß das erſte geſchehen ſey, ſi fundi mentio ſit in eadem, ſed in ſeparata propoſitione, e. gr. *Titio* lego centum amphoras vini, quas ex vinea *Corneliana* petere poteſt. Das letztere aber geſchiehet, wenn des fundi in eben der propoſition Meldung gethan worden, z. E. *Titium* centum amphoras vini ex vinea Corneliana do lego. Im erſten Fall, ſi fundus adiectus ſit demonſtrationis cauſſa, und es wächſet alsdenn in denſelben nicht das geringſte: ſo muß dem ohngeachtet das Vermächtniß dennoch geleiſtet, und es müſſen die hundert Eimer Wein gegeben werden, L. 13. D. *de tritico, vino &c.* Im letzten Fall aber, wenn der fundus taxationis cauſſa hinzugeſetzet worden, und es wächſet darin nichts: ſo wird auch nichts gegeben, L. 5. D. *eod.*

§. 612. 613. Es ſind aber ferner die res vel propriæ vel alienæ, und dahero wird gefraget, ob auch dieſe per modum legati können vermachet werden? Der Pabſt hat in c. *ult.* X. *de teſtament.* geglaubet, es wäre unrecht und gottlos, wenn einem eine Sache, die dem teſtatori nicht zugehöre, vermachet würde, als welches den zehen Geboten tout contrair wäre. Allein dadurch hat der Pabſt zu erkennen gegeben, daß er nicht verſtanden hat, was nach den Römiſchen Rechten ein legatum rei alienæ bedeutet. Denn indem die Römiſchen Rechte die legata rerum alienarum gut heiſſen, ſo wollen ſie nicht, daß einem andern ſeine ihm zuſtehende Sache ihn wider ſeinen Willen ſoll genommen werden, ſondern ſie legen nur den Erben auf, daß er entweder die vermachte Sache von dem Eigenthümer kaufen, und dem legatario geben ſoll, oder, wenn der Eigenthümer ſie nicht verkaufen will, das alsdenn der Erbe den Werth derſelben zahle, §. 4 *Inſt. h. t.* Es gilt dahero ein ſolches legatum rei alienæ, wenn der teſtator ſaget, *Titio* vicini mei ædes do lego. Denn da muß der legatarius entweder das Hauß oder den Werth deſſelben bekommen. In einem einzigen Falle findet ſich eine Ausnahme, wenn nemlich der teſtator nicht gewuſt hat, daß die Sache, die er vermachet hat, einen andern zugehöret: denn da iſt die Vermuthung, daß er nichts würde vermachet haben, wenn er gewuſt hätte, daß die Sache iemand anders gehöre, §. 4. *Inſt. h. t.* Wie aber wird es gehalten, wenn der legatarius die rem alienam ſibi teſtamento legatam adquiritet hat? Man muß hierbei einen Unterſchied machen, ob er dieſelbe titulo oneroſo oder lucrativo erworben hat. Im erſten Falle, wenn der legatarius die rem alienam titulo oneroſo erworben hat, ſo muß dem ohngeachtet der Erbe den Werth derſelben leiſten: im letzten Fall aber, wenn der Erbe die rem alienam ſchon ex titulo lucrativo hat, ſo darf der Erbe nichts leiſten, §. 6. *Inſt. h. t.* Dieſe Regel iſt wohl zu mercken, weil daraus vier ſchöne concluſiones flieſſen.

Denn

Denn α) flieſſet daraus, daß wenn ich vor dem Tode des teſtatoris das mir vermachte Haus meines Nachbarn gekaufet habe, und der teſtator hat davon nicht das geringſte gewuſt, ſo muß mir der Werth von dem Erben bezahlet werden, weil die emtio ein titulus oneroſus iſt. Ferner β) wenn mir das Haus meines Nachbarn in zwei Teſtamenten vermachet geweſen, und ich habe das Haus aus dem einen Teſtament ſchon empfangen: ſo kan ich nicht aus dem andern Teſtament den Werth deſſelben fordern, weil ich daſſelbe titulo lucrativo erhalten habe. Hingegen, wenn ich aus dem erſten Teſtament nur den Werth des Hauſes empfangen habe: ſo kan ich aus dem letztern noch meine Forderung verlangen, weil ich das Haus nicht habe, und alſo in dieſem Falle weder titulus oneroſus. noch lucrativus vorhanden iſt. So flieſſet auch aus obenangeführter Regel γ) daß wenn mir meines Nachbars Haus vermachet worden, und ich nur einen Theil deſſelben erworben habe titulo lucrativo: alsdenn kan ich den Werth des andern Theils fordern, L. 82. *princ.* D. *de Legat. I.* Letzlich folget auch daraus, δ) ut ſi rei alienæ proprietatem ſine fructu adquiſiverim titulo oneroſo, tunc ſolius proprietatis æſtimationem recipiam, L. 10. *Cod. h. t.*

§. 614. Ferner wird gefraget, ob auch verpfändete Sachen können vermachet werden. Z. E. der teſtator hat einen ſilbernen Becher für 20. Rthl. Ebräiſch lernen laſſen, welchen er hernach Mevio vermachet hat. Dergleichen legatum hat ſeine vollkommene Gültigkeit. Denn wenn erlaubet iſt, eine rem alienam zu vermachen, warum ſoll es nicht auch mit der verpfändeten angehen, da der teſtator ohne dem an derſelben noch das Eigenthum hat? Jedoch findet ſich hier ebenfals die Ausnahme, welche wir oben angeführet haben, nemlich, wenn von dem Erben bewieſen werden kan, daß der teſtator die Verpfändung nicht gewuſt habe: ſo iſt alsdenn das Vermächtniß von keiner Gültigkeit, weil die Vermuthung iſt, daß der teſtator nichts würde vermacht haben, wenn er von der Sache Wiſſenſchaft gehabt hätte, §. 5. *Inſt. h. t.* Allein wer ſoll hier den Beweiß führen, daß der teſtator von der Verpfändung nichts gewuſt habe? Wir antworten darauf, daß ſolches ordentlicher Weiſe der Erbe thun müſſe, wenn der legatarius ein Anverwandter, die Frau, oder ein Schwager iſt, weil hier eine ſtarcke Vermuthung pro legatariis iſt, und das legatum ſonſt gilt, L. 10. *Cod. h. t.* Fraget man nun, welche Wirckung dergleichen legatum rei oppignoratæ habe? So antworten wir darauf, daß alsdann der Erbe ſchuldig iſt, das Pfand einzulöſen, und daſſelbe dem legatario zu geben: es wäre denn Sache, daß der teſtator geſetzet hätte, der legatarius ſolte das Pfand einlöſen, L. 57. D. *de Legat. I.*

§. 615. Hier kömmt eine curieuſe Frage vor, wenn z. E. der teſtator mir ſein Gut vermachet hat, und daſſelbe hernach noch bei ſeinen Lebzeiten veräuſſert, ob dieſes legatum einigen Nutzen habe? Unſere Rechte machen hier wieder einen Unterſchied, ob die alienatio mere voluntaria, oder neceſſaria geweſen. Neceſſaria alienatio wird genennet, welche aus dringender Noth geſchiehet, z. E. Schulden zu bezahlen, welche den teſtatorem gedrücket. Voluntaria aber heiſſet, welche freiwillig, und aus keiner Nothwendigkeit geſchiehet. Im erſten Falle hat das legatum noch ſeinen Nutzen, und deſſen Wirckung iſt eben ſo als ein legatum rei alienæ, daß nemlich der Erbe die vermachte Sache von dem Beſitzer wieder kaufe, und ſie dem legatario gebe (§. 612 ſeqq.). Im letzten Fall aber wird das legatum nichtig, weil alsdenn der teſtator ohne dringende Nothwendigkeit das Gut veräuſſert hat, und vermuthet wird, daß er es deswegen gethan, damit das legatum dem legatario wieder möchte genommen werden. Kurtz zu ſagen, es iſt die Vermuthung, daß der teſtator die Wohlgewogenheit gegen den legatarium, und alſo auch animum legandi geändert habe, §. 12. *Inſt. h. t.*

§. 616. 617. Oefters werden auch legata nominis, liberationis & debiti vermachet, welche Gattungen von einander wohl zu unterſcheiden ſind. Legatum nominis iſt, wenn der teſtator *Titio* dasjenige vermachet, was ihm Sempronius ſchuldig iſt. Legatum liberationis heiſſet, wenn dem legatario dasjenige vermachet wird, welches er dem teſtatori ſelbſt ſchuldig iſt. Endlich wird legatum debiti genennet, wenn der teſtator dem legatario dasjenige vermachet, welches er ihm ſelbſt ſchuldig iſt. Was das legatum nominis betrift, ſo iſt deſſen Wirckung dieſe, daß der Erbe ſchuldig iſt, dem legatario die actiones zu cediren, §. 21. *Inſt. h. t.* Wie aber, wenn dieſes keine gute Schuld iſt, und der legatarius von dem Schuldner nicht bezahlet wird? Darauf antworten wir, daß der Erbe zu nichts weiter gehalten ſey, indem er dasjenige gethan hat, wozu ihm ſeine Schuldigkeit getrieben, und das Recht, welches er gehabt, ihm übergeben hat. Caſum enim nemo præſtat, und dahero mag es der legatarius ſeinem widrigen Schickſale zu ſchreiben, wenn er von dem Schuldner nichts erhalten kann. Legatum liberationis hat dieſe Wirckung, daß der Erbe dem legatario die Handſchrift, die Pfänder, und andere cautiones herausgeben, und ihn auf ſolche Art gantz und gar befreien muß, L. 2. §. 3. D. *de liber. legat.* Es kömmt hier eine ſchöne Frage vor, wenn der teſtator noch bei ſeinem Leben die Schuld eincaßiret hat, ob alsdenn das legatum dem legatario noch einen Nutzen bringe? Wir antworten darauf, daß hier ebenfals der Unterſchied gelte, welcher kurtz vorhero erkläret worden. Wenn nemlich der teſtator aus Noth die Schuld eingefordert hat, ſo gilt alsdenn noch ſowol das legatum nominis, als auch liberationis:

wenn

wenn er es aber ohne dringende Noth gethan hat, ſo ſcheinet es, daß er das legatum wieder genommen, und ſeinen Willen und Wohlgewogenheit gegen den legatarium geändert habe. L. 11. §. 12. 13. D. *de legat. III.* Vornemlich aber haben wir hierbei auf die Frage zu reflectiren, ob ein legatum debiti auch einen Nutzen ſchaffe? Denn was iſt das vor eine Freigebigkeit, wenn der Schuldner dem Gläubiger dasjenige vermachet, was er ihm ſchuldig iſt? Es iſt ja der Erbe ohnedem ſchon verbunden ohne ein legatum die Schuld des Verſtorbenen zu bezahlen? Allein dem ohngeachtet pfleget ers doch mehrentheils zu geſchehen, daß dergleichen legatum einen Nutzen hat. Und zwar geſchiehet dieſes, α) wenn der teſtator ſchuldig iſt ſub conditione, oder in diem: denn da iſt der groſſe Nutzen des legati dieſer, ob repræſentationem, d i. weil der Erbe ſogleich ſchuldig iſt, die Zahlung zu thun. β) Wenn die Schuld nur ein debitum chirographarium iſt, ſo bekömmt der legatarius durch dieſes legatum des ius hypothecæ in allen erbſchaftlichen Gütern. γ) Wenn die Schuld nicht alzu liquide iſt, hat der legatarius den Vortheil, daß er die Richtigkeit der Schuld aus dem Teſtament beweiſen kan. Und auf dieſe Art iſt der §. 14. *Inſtit. h. t.* zu verſtehen.

§. 618. Hier kommen wir auf das prælegatum dotis, welches mit dem legato dotis nicht zu vermiſchen iſt. Der Unterſchied unter beiden iſt dieſer: prælegatum dotis iſt, wenn der Ehemann ſeiner Ehefrau dasjenige vermachet, welches ſie ihm unter den Namen der Mitgabe eingebracht hat. Hingegen iſt das legatum dotis, wenn iemand einer unverheuratheten Jungfrau etwas vermachet, welches ſie ihren Bräutigam zur Mitgabe mitbringen ſoll. Von dem letzten wird hier nicht geredet, wohl aber von dem erſten, und da entſtehet die Frage: ob das prælegatum dotis einen Nutzen habe? Wenn die Ehe aufhöret, ſo muß die Mitgabe der Frau ſo ſchon, ohne deswegen ein prælegatum zu machen, wieder herausgegeben werden: nichts deſto weniger iſt dieſes legatum ſehr nützlich, α) ob repræſentationem. Denn da ſonſt die Mitgabe im baaren Gelde beſtehet, und erſt nach Verflieſſung eines Jahrs muß wiedergegeben werden: ſo kan das prælegatum ſogleich gefordert werden, oder wenn es nicht in continenti gezahlet wird, kan die Witwe die Zinſen fordern. So iſt daſſelbe auch nützlich, β) daß die Frau, wenn ſie das prælegatum dotis bekömmt, von dem Beweis befreiet wird, daß ſie nicht erſt erweiſen darf, daß ſie den dotem eingebracht habe, weil hier das Bekänntnis des teſtatoris iſt, welches der Erbe nicht in Zweifel ziehen kan. γ) Bisweilen bekömmt auch eine Frau durch dieſes prælegatum dotis eine Mitgabe, die ſie nicht eingebracht hat, wenn nur der teſtator im Teſtament geſchrieben hat, die 3000. Rthl. welche meine Frau mir zur Mitgabe gebracht hat, vermache ich ihr wieder: ſo bekömmt die Frau dieſe 3000. Rthl.

obgleich

obgleich der Erbe beweiſen will daß ſie keinen Heller eingebracht hat. Ein anders aber iſt doch zu ſagen, wenn der teſtator die Summe nicht ausgedrücket hat. Z. E. wenn der teſtator geſchrieben hätte, die Mitgift, welche meine Frau eingebracht hat, vermache ich ihr wieder: ſo bekömmt die Frau nur ſo viel, als ſie beweiſen kan, daß ſie eingebracht hat, L. 1. § 7. 8. D. *de dote prælegat.* Wenn ſie aber die illationem dotis nicht erweiſen kan: ſo kan ſie auch nichts bekommen, weil nicht bewußt iſt, wie viel ihr der teſtator vermachet hat. Hingegen, wenn eine gewiſſe Summe ausgedrücket iſt; ſo ſchadet es der Frau nichts, wenn ſie ihrem Ehemanne dotis nomine nichts zugebracht hat, ſondern ſie erhält das völlige legatum, quia falſa demonſtratio non vitiat legatum, §. 30 *Inſt. h. t.* In was vor Fällen aber dieſes ſeinen Abfall leide, ſolches hat PETRVS STOCKMANN *Deciſ. Brabant. XXIII.* ausgeführet.

§. 619. 621. Man muß auch mit groſſer Sorgfalt die legata generis, ſpeciei & quantitatis unterſcheiden. Genus nennen die Rechtsgelehrten dasjenige, welches die Weltweiſen ſpeciem heiſſen, z. E. ein Pferd, Buch, Kleid, u. d. m. hingegen heiſſet ſpecies bei den Rechtsgelehrten, was die Weltweiſen individuum nennen, z. E. ein Pferd aus dem Stalle, Cuiacii Wercke aus der Bibliothek, ein rother Mantel aus dem Kleider-Vorrath. Endlich heiſſet quantitas ſo viel, als genus numero definitum, z. E. vier Pferde, 1000. Gulden. Was das legatum ſpeciei betrift, ſo ſind von demſelben folgende concluſiones zu mercken: a) ſpecies legata non heredi perit, ſed legatario. Z. E. wenn mir das Pferd im Stalle vermachet worden, und daſſelbe ſtirbt nach dem Tode des teſtatoris: ſo hat der Erbe nicht davon den Schaden, weil er mir kein ander Pferd giebet, ſondern der legatarius, welchen der teſtator eben dieſes und kein ander Pferd vermachet hat. Die Urſache dieſer Verordnung iſt zweierley, α) quia ſpeciei legatæ dominium, ſtatim a morte teſtatoris ad legatarium tranſit, & res perit ſuo Domino: β) quia heres tantum eſt debitor ſpeciei, iſte autem liberatur, ſi ſpecies pereat, L. 23. L. 49. *princ.* D. *de verbor. obligat.* Doch muß man hier eine doppelte Ausnahme mercken. Die erſte iſt, wenn der Erbe ſäumig geweſen iſt, das legatum zu geben, ſintemalen alsdenn die Sache dem Erben und nicht dem legatario verloren gehet. Die zweite iſt, wenn die Sache durch Fahrläßigkeit des Erben verloren gehet: denn alsdenn muß dieſer auch als debitor culpam leviſſimam tragen, L. 47. §. *penult.* D. *de Legat. I.* b) Wenn zwo ſpecies legatæ miteinander verknüpfet ſind, ſo muß man ſehen, an utraque ſit principalis, an vero altera principalis, altera acceſſoria? Im erſten Falle, wenn die eine ſpecies verdirbet, ſo muß noch die andere gegeben werden: im letztern Falle, wenn die ſpecies principalis verdirbet, ſo darf auch nicht die acceſſoria gegeben

ben werden, §. 17. *Inſt. h. t.* z. E. es hat mir einer ein Pferd und einen Polniſchen Ochſen vermachet, wenn nun etwa das Pferd ſtirbet, ſo muß ich doch den Polniſchen Ochſen bekommen. Hingegen wenn mir einer ein Pferd, mit Sattel, Chabraque und allen Pferde Zierrath vermachet hat, das Pferd aber ſtirbet, ſo bekomme ich weder Chabraque noch Zierrath, quia acceſſorium ſequitur ſuum principale. c) Wenn einem eine univerſitas iſt vermachet worden, z. E. eine Heerde Vieh, & incrementum vel decrementum luor, vel damno legatarii cedit. Wenn dahero z. E. eine vermachte Heerde zur Zeit des Todes des teſtatoris 100. Schaafe iſt ſtarck geweſen, und nachhero dieſelbe auf 150. iſt vermehret worden: ſo gehöret dieſer Gewinſt dem legatario zu. Hingegen wenn dieſe Heerde durch Abſterben der Schaafe auf zwanzig verringert wird, ſo muß der legatarius ebenfals dieſen Schaden an das Bein binden, und zwar aus der Urſache, welche wir ſchon angeführet haben, quia legatæ ſpeciei dominium, ſtatim a morte teſtatoris ad legatarium tranſit, adeoque & ipſi tamquam domino res adcreſcit & decreſcit, § 18. *Inſt. h. t.* Dieſes mag genug ſeyn von dem legato ſpeciei. Was das legatum generis anbelanget: ſo ſind bei demſelben zwei concluſiones zu mercken, welche folgende ſind: 1) quod illud utile ſit, ſi genus ſit infimum, & quod certam a natura determinationem habet, non autem ſi ſit ſummum & incertæ determinationis. Z. E. Ein Pferd iſt ein genus infimum, und ein ieder weiß, was ein Pferd iſt: ein Thier aber, oder die Sachen ſind genera ſumma, und dahero würde ein legatum abgeſchmackt und lächerlich herauskommen, wenn einer *Titio* ein Thier oder eine Sache vermachte, weil alsdenn der Erbe befreiet würde, wenn er dem legatario eine Maus oder Laus gäbe, L. 71. D. *de Legat. I.* 2) Electio in legato generis eſt penes legatarium, ſed ita, ut non poſſit optimum eligere, z. E. wenn der teſtator mir ein Pferd aus ſeinem Stalle vermachet hat, ſo ſtehet es nicht bei dem Erben, welches Pferd er mir geben will, ſondern ich habe die Wahl, wenn ich nur nicht das Beſte heraus nehme, §. 21. *Inſt. h. t.* Und hierin iſt dieſes legatum unterſchieden von dem legato optionis vel electionis, wovon bald (§. 622.) ſoll gehandelt werden. Es iſt aber auch hierbei zu mercken, a) wenn das legatum per damnationem vermachet worden, alsdenn der Erbe die Wahl habe, L. 45. D. *de Legat. I.* er darf aber nicht das ſchlimmeſte herausſuchen, und dem legatario geben, L. 100. D. *de Legat. I.* l. 9. D. *de ſervitut.* L. 26. D. *de Servitut. ruſt. præd.* wobei zu mercken iſt, daß iener L. 9. de ſervitute per vindicationem, dieſer aber de ſervitute per damnationem relicta zu verſtehen iſt. b) Si homo legatus, & duo ſint eiusdem nominis, L. 32. §. 1. D. *de legat. I.*

§. 622. Das legatum optionis vel electionis wird genennet, wenn der teſtator dem legatario mit ausdrücklichen Worten verwilliget, daß er aus vielen

Sachen, die von einerlei Art seyn, sich eine erwähle, z. E. *Titius* soll dasjenige Pferd aus dem Stalle haben, welches er sich erwählen wird. Von diesem legato ist folgendes zu mercken: 1) daß hier der legatarius auch die beste Sache erwählen kan, welches er sonst in legato generis nicht thun darf. Aber wie, wenn ihm die Wahl überhaupt, ohne eine Anzahl zu bestimmen, ist zugestanden worden, z. E. *Titius* soll die Wahl haben, sich von meinen Knechten, welche zu nehmen? Da kan er sich deren drei erwählen, L. 1. D. *de opt. legat.* 2) Wenn sich der legatarius die Sache einmal erwählet hat, so kan hernach keine Reue mehr statt finden, sondern er hat es sich zuzurechnen, daß er nicht klüger gehandelt, und besser gewählet hat. So ist auch 3) zu mercken, daß diese legata nach den alten Rechten hinwegfielen, wenn der legatarius bei seinem Leben nicht gewählet hatte, weil es alsdenn nicht anging, daß ein Erbe die Wahl thun konte. Daß ich die Sache kurtz mache, so ist zu mercken, quod legatum hoc, ante optionem factam, non transmitteretur ad heredes. Allein der Keiser Iustinianus hat dieses in L. *ult. Cod. commun. de legat. & fideicommiss.* geändert, und den Erben des legatarii zugestanden, daß dieselben nach dessen Tode annoch die Wahl haben sollen. Daß also dieses legatum nunmehro auch auf die Erben des legatarii gehet: allein es dürfen die Erben nicht die beste Sache erwählen.

§. 623. Es ist noch eine Regel von dem legato generis & quantitatis übrig, welches folgende ist: nec genus, nec quantitas pereunt. Es hat diese Regel einen gar fürtreflichen Nutzen. Denn wenn mir z. E. ein Pferd oder eine Geld-Post von 1000. Gulden vermachet worden ist, und der Erbe das Pferd, welches er mir gäbe sich anschafte, oder das Geld auf den Tisch gezahlet hätte, und hernach ein homo trium litterarum, cui omne ingenium in digitos abit, käme, und Pferd und Geld mausete: so würde der Erbe sich deswegen nicht entschuldigen, oder sich von der Leistung des legati befreien können, weil das genus und quantitas allezeit in der Welt seyn, und niemals untergehen.

§. 624. Endlich ist die Frage zu erörtern, ob auch facta können vermachet werden? Wir bejahen dieses ohne Bedencken, theils, weil uns auch die facta einen Nutzen schaffen, theils, weil der testator dem Erben befehlen kan, daß er etwas thun soll, welches ihn gefällt, wenn nur dergleichen factum nicht schändlich, oder lächerlich heraus kömmt. Also gilt das legatum, welches auf diese Art vermachet worden: heres meus damnas esto, ut *Titii* agrum quotannis colat. Hingegen würde es ein lächerlich Vermächtnis seyn, wenn der testator setzen wolte: mein Erbe soll schuldig seyn, wenn *Titius* seinen Geburtstag feiern wird, nackend auf dem Marckte eine Sarabande zu tantzen.

§. 625.

§. 625. 627. Nunmehro folget eine sehr schwere und gar subtile Sache, nemlich das ius adcrescendi. Wenn man sehen will, ob einer in der Rechtsgelahrheit geübet sey: so darf man ihm nur Fragen von diesen Dingen vorlegen, da man gleich sehen wird, wo es hinaus will. Man pfleget deswegen bei Facultäten die Herren Candidaten, welche promoviren wollen, daraus zu examiniren, und sie damit wacker warm zu halten. Wir wollen iezo hiervon umständlich handeln, und diese gantze Lehre de iure adcrescendi in kurtze, iedoch deutliche, Regeln zu bringen suchen. Es ist aber das ius adcrescendi, quo portio collegatarii deficientis alteri adcrescit. Dieses Recht gilt nicht allein in legatis, sondern auch in hereditatibus, iedoch aus einer gantz unterschiedenen Ursache. Denn bei den Erbschaften ist das ius adcrescendi nothwendig, weil es da heisset: nemo potest pro parte testatus & pro parte intestatus decedere (§. 542.). Wenn also der testator *Sempronium* und *Mevium* zum Erben eingesetzet hätte, *Mevius* aber seinen Theil nicht haben wolte: so würde derselbe auf die heredes ab intestato fallen, wenn er nicht den Miterben zuwüchse. Hingegen entstehet das ius adcrescendi bei den legatis nur aus dem vermutheten Willen des testatoris. Denn indem derselbe *Titium* und *Mevium* in einem legato zusammengesetzet hat: so hat er ausser allen Zweifel haben wollen, daß die eine portion des abgehenden legatarii dem mit ihm verknüpften legatario zuwachsen, als bei dem Erben bleiben soll. Und daher kömmt eben der grosse Unterschied, inter ius adcrescendi legatariorum & heredum. Denn 1) dem Erben wächset auch etwas wider seinen Willen zu, wenn nicht α) eine res aliena durch die Erbschaft verlassen worden, L. *ult. in fin. Cod. de hered. instit.* GOMEZ. *in Var. Resol.* c. X. n. 16. und β) wenn nicht der minor adiens in integrum restituiret wird, L. 61. D. *de adquir. vel. omitt. hered.* Man kan auch nicht sagen, quod defunctus pro parte testatus pro parte intestatus decesserit, ob L. 7. §. *sed quod Papinianus, in fin.* D. *de minor.* Den legatariis aber wächset die abgehende Portion nicht allezeit zu, sondern nur mehrentheils, wenn sie wollen. 2) Den Erben wächset allezeit etwas zu cum onere, bisweilen aber auch den legatariis sine onere. 3) Bei der Erbschaft kan der testator das ius adcrescendi nicht verbieten, hingegen kan er dieses bei den legatis thun. L. 57. §. 1. D. *de usufructu* L. 7. D. *de reg. iur.* Es wird aber hierbei billig gefraget, quænam sunt huius iuris adcrescendi requisita? Wir antworten darauf: Es sind deren zwei, daß nemlich erstlich der collegatarius abgehen muß, und zwar noch vor dem Tode des testatoris. Denn hat er denselben auch nur eine Minute überlebet, so wird das legatum auf dessen Erben gebracht, und kan dem legatario nicht adcresciren, L. *un.* §. 5. *Cod. de caduc. tollend.* Das andere requisitum ist, ut sint coniuncti. Es werden aber coniuncti legata-

rii genennet, qui ad eandem rem vocati ſunt; e. gr. *Titio & Mevio* fundum meum do, lego. Hingegen wenn z. E. *Titio* das Haus, *Mevio* aber der Acker vermachet worden, und es gehet einer von beeden ab; ſo kan dem andern nichts zuwachſen, ſondern das legatum bleibet in der Erbſchaft.

§. 628. Ferner haben wir auch zu ſehen, wie vielerlei die coniunctio ſey? Die Rechtsgelehrten pflegen dieſelbe einzutheilen in diejenige, quæ ſit re tantum, verbis tantum, & mixtim ſeu re & verbis ſimul. Re tantum coniuncti heiſſen, quando plures ad eandem rem vocantur, ſed diviſis propoſitionibus eorum nomina occurrunt. Verbis tantum dicuntur coniuncti, qui ad eandem rem una propoſitione vocantur, ſed adiectis partibus, non quidem phyſicis, ut res loco dividatur inter legatarios, (ſic enim plane non eſſent coniuncti) ſed intellectualibus. Wir wollen die Sache durch ein Exempel erläutern. Wenn der teſtator im Teſtament geſetzet hat; *Titio* und *Mevio* vermache ich mein Gut, jenem diſſeits des Fluſſes, und dieſem jenſeits des Fluſſes: ſo iſt unter dieſen keine coniunctio, quia revera legatarii non ſunt ad eandem rem vocati, L. 1. *princ.* D. *de uſufruct. adcreſc.* Hingegen wenn der teſtator alſo geſchrieben hat, *Titio* und *Mevio* vermache ich mein Land-Gut zu gleichen Theilen: ſo ſind die legatarii verbis coniuncti, und werden alſo angedeutet

O——O

dagegen legatarii re coniuncti alſo angezeiget werden

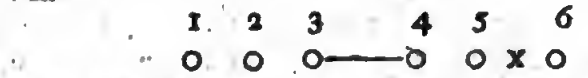
O O O

mixtim ſeu re & verbis ſimpl coniuncti werden genennet, quibus eadem res eadem propoſitione partibus non diviſis legata eſt, z. E. ich vermache *Cajo* und *Sejo* meinen fundum Tuſculanum. Dieſe coniuncti legatarii werden folgender maſſen angezeiget

O x O

§. 629. Nachdem wir die definitiones haben voraus ſpatziren laſſen: ſo können wir nunmehro gar leichte die Regeln verſtehen, welche von dem iure adcreſcendi zu mercken ſind. 1) Wenn die legatarii verbis tantum, vel mixtim coniuncti ſind: ſo wächſt die abgehende Portion dem coniuncto zu, wenn dahero in dem vorher angegebenen Exempel *Caius* ſolte abgehen, ſo muß deſſen Portion *Seio* zuwachſen. 2) Wenn einer, welcher re tantum coniunctus geweſen, abgehet: ſo adcreſciret deſſen Portion allen legatariis, iedoch dergeſtalt und alſo, daß die mixtim coniuncti nur für eine Perſon angeſehen werden. Dieſes kan aus folgenden Exempel erkannt werden: primo fundum hunc do, lego: ſecundo eumdem do, lego. Tertio & quarto eumdem do, lego æquis partibus. Quinto & ſexto eumdem do lego.

Nun



Nun wollen wir ſetzen, daß ſecundus abgehe, alsdenn wächſet deſſen Portion allen übrigen zu, aber dergeſtalt, daß primus einen Drittheil, tertius und quartus den andern Drittheil, quintus und ſextus das übrige bekommen. Denn die letztern werden als Collegen nur für eine Perſon gehalten 3) Mixtim & verbis tantum coniunctis adcreſcit volentibus, ſed cum onere: re coniunctis etiam volentibus, ſed ſine onere. Dieſes iſt die gantze Lehre von dem iure adcreſcendi, welche doch pfleget ſo dunckel vorgetragen zu werden. Dahingegen aus unſern gegebenen drei definitionen und drei Regeln die gantze Sache klar und helle iſt. Es iſt aber dieſe Sache mehr ſubtil, als nützlich. Denn es ſetzet dieſelbe einen teſtatorem voraus, welcher in einem und eben dem Teſtament vielen eine eintzige Sache unter unterſchiedenen Redensarten vermachet. Dieſes aber wird bei uns wohl niemand thun, welcher noch ſeine fünf Sinne hat, wie dieſes der Herr THOMASIVS *in Not. ad Inſtit. h. t.* gar recht angemercket hat.

§. 630. Wir kommen nunmehro auf den modum legandi: wovon zu mercken iſt, quod legari poſſit 1) pure, 2) in diem ſeu ex die, quod fieri non poterat in hereditate (§. 544.), 3) ſub conditione, 4) ſub demonſtratione, 5) ſub cauſſa, & denique 6) ſub modo. Von einem jedweden ſoll insbeſondere gehandelt werden.

§. 631. Pure legatur, quando a nulla circumſtantia vel eventu res ſuſpenditur, e. gr. *Titio* lego 1000. florenos. Von dieſem legato puro iſt folgende Regel zu mercken: dies huiuscemodi legati cedit & venit ſtatim a morte teſtatoris L. 1. §. *un. Cod. de caduc. tollend.* Im übrigen heiſſet dies cedit, wenn man zwar etwas ſchuldig iſt, es kan aber noch nicht gefordert werden. Hingegen heiſſet dies venit, wenn die Schuld kan gefordert werden. Daher iſt der Verſtand dieſer Regel, legatum pure relictum & deberi ſtatim & exigi poſſe a morte teſtatoris. Wenn dahero der Erbe in der Zahlung ſäumig geweſen: ſo können von demſelben die Zinſen ſogleich gefordert werden. Es iſt doch aber hierbei eine Ausnahme zu mercken, quod omnia legata, quæ ad heredes non tranſeunt, nec cedant a morte teſtatoris, ſed demum ab adita hereditate. Dergleichen legata ſind, wenn einem der uſusfructus, uſus, habitatio, libertas, und ehemals das legatum optionis vermachet worden, welches aber der Keiſer *Iuſtinianus*, wie wir oben (§. 622.) gezeiget haben, geändert hat.

§. 632. Ein legatum conditionale iſt, welches von einem ungewiſſen Ausgange aufgeſchoben wird. Z. E. Ich vermache *Titio* 1000. Gulden, wenn er Doctor iuris werden wird. Hingegen iſt ein legatum ex die relictum,

ctum, wenn eine gewiſſe Zeit, als ein terminus a quo, dazu geſetzet wird, z. E. ich vermache *Mevio* nach zehen Jahren, von meinem Tode an gerechnet, mein Haus. Legatum in diem iſt, ſo oft als eine Zeit als ein terminus ad quem hinzugeſetzet wird, z. E. ich vermache *Titio* meinen Garten zehen Jahr lang. Im erſten Falle, wenn die Zeit gewiß iſt, dies legati ſtatim cedit, ſed non niſi poſt decennium venit: im letztern Falle dies legati & ſtatim cedit & venit. Es wird aber hierbei gefraget, wie es gehalten werde, ſi dies incertus ſit, adeo, ut nondum conſtet, an exiturus ſit? Wir antworten darauf, daß alsdenn dieſe Zeit als eine Bedingung angeſehen wird, wie wir ſchon oben (§. 544.) angemercket haben, L. 75. D. *de condit. & demonſt.* Wir haben dieſes deswegen angemercket, damit man wiſſe, ob das legatum auf die Erben gehe, oder nicht. Es gehet alſo ein legatum auf die Erben, cuius dies cedit, nicht aber, cuius dies non cedit.

§. 633 Von dem legato conditionali iſt hier eben nichts beſonders zu mercken, welches müſte hinzugethan werden, weil wir oben (§. 545.) ſchon alles abgehandelt haben, da von der Einſetzung der Erben umſtändlich iſt gehandelt worden. Wir haben hier alſo auf weiter nichts, als auf eine einzige Regel bei dem legato conditionali zu mercken: legati conditionalis dies nec cedit, nec venit ante exiſtentem conditionem, L. 5. D. *quando dies legator. ced* Daraus flieſſet, daß wenn der legatarius ante exiſtentem conditionem verſtirbet, derſelbe nichts auf die Erben bringe, ſondern das legatum gantz und gar aufhöre. Aber wie wird es alsdenn gehalten, wenn ein legatum ſub conditione negativa vermachet worden? Wir antworten darauf, daß alsdenn das legatum erſt nach dem Tode müſſe gezahlet werden. Es hat aber der Römiſche Rechtsgelehrte Q. MVCIVS SCÆVOLA eine Art der Caution erſunden, welche von ihm cautio Muciana genennet wird, und welche dahin gehet, daß der legatarius Sicherheit machet, das legatum mit den Zinſen wieder herauszugeben, wenn er gegen die Bedingung handeln wird. Wenn dieſe Caution iſt geleiſtet worden: ſo muß alsdenn das legatum ſogleich gezahlet werden, L. 7. L. 18. D. *de condit. & demonſtr.*

§. 634. Sub demonſtratione dicitur legari teſtator, quoties vel perſonæ, vel rei legatæ addit deſcriptionem, z. E. *Titio*, welcher meine Sachen verwaltet hat, vermache ich 100. Rthlr. *Mevio* vermache ich das Haus, welches ich von Sempronio gekauft habe. Von dieſem legato iſt zu mercken, daß eine falſa demonſtratio demſelben nicht ſchade, wenn man nur von der Perſon, oder von der Sache aus einem andern Umſtande Gewißheit haben kan. Wenn dahero gleich falſch wäre, daß bei dem angeführten Exempel *Titius* des Verſtorbenen Sachen nicht verwaltet hätte, oder daß das Haus von

Sem-

Sempronio nicht gekauft worden: ſo würde doch dieſes legatum nichts deſtoweniger nützlich ſeyn, und ſeine gute Wirckung haben, §. 30. *Inſt. h. t.*

§. 635. Wir kommen in dieſem §pho auf das legatum ſub cauſſa relictum. Per cauſſam verſtehen wir hier impulſivam, oder den Bewegungs-Grund, welchen der teſtator im Teſtament ausgedrücket hat, z. E. ich vermache *Titio* 100. Rthlr. weil er mir meinen Proceß geführet hat. Hier gilt eben diejenige Regel, welche wir vorher angeführet haben, falſa cauſſa legatum non vitiat, §. 31. *Inſt. h. t.* Denn weil der teſtator als legislator anzuſehen iſt, man aber dem Geſätze Gehorſam leiſten muß, ob auch gleich der teſtator einen gantz falſchen Bewegungs-Grund angeführet: ſo muß dieſes billig auch bei den legatis in Obacht genommen werden. Es findet ſich aber hierbei eine Ausnahme, wenn der teſtator in der Urſache geirret hat, und der Erbe beweiſen kan, daß der teſtator kein legatum würde vermachet haben, wenn er die Sache beſſer gewuſt hätte. In dieſem Falle iſt das legatum von gar keiner Wirckung, L. 72. §. 6. D. *de condit. & demonſtrat.*

§. 636. 637. Endlich heiſſet legatum ſub modo relictum, wenn ein gewiſſer Endzweck ausgedrücket wird, zu welchen das legatum vermachet wird, z. E. ich vermache *Titio* 3000. Rthlr. daß er Doctor iuris werden kan. Von dieſem legato heiſſet es, dies & cedit ſtatim & venit, wenn nur der legatarius Caution macht, daß er dieſer Abſicht nachkommen wolle, oder wenn ſolches nicht geſchähe, er das legatum herausgeben wolle L. 40. §. *ult.* D. L. 80. D. *de condit. & demonſtr.* Es iſt auch hierbei zu mercken, daß, wenn es nicht in des legatarii ſeiner Gewalt ſtehet, dieſen Endzweck ein Genüge zu thun, alsdenn alles für erfüllet gehalten werde, L. 1. *Cod. de his, qui ſub mod. leg.* Alſo verhält es ſich auch, ſi idem modus ſit turpis, L. *fin.* D. *de aur. arg. legat.* Ferner ſi qua cauſſa in ſimilem convertatur. L. 16. D. *de uſufructu.*

§. 638. Ob nun aber gleich die Gewalt der teſtatorum ſehr groß iſt: ſo ſind doch die legata captatoria, und nach den alten Rechten, die legata poenae nomine relicta verboten. Legata captatoria werden genennet, wenn einer iemand ein legatum vermachet, unter der Bedingung, daß er ihm wieder vermachen ſoll, oder wie man zu ſagen pfleget, wenn einer eine Knackwurſt nach einen Schincken wirft: tunc enim revera alterius bona captat. Z. E. *Titio* vermache ich 1000. Gulden, wenn er mir eben ſo viel vermachen wird. Weil nun nichts ſchändlichers als ein ſolches legatum iſt: ſo wollen auch die Geſätze haben, daß daſſelbe ſoll keine Gültigkeit haben. Die Urſache davon lieget in inſigni nequitia heredipetarum, qui defunctos captabant quovis modo: und hat deren Künſte der Herr van BYNKERSHOEK in opuſculo *de captatoriis inſtitutionibus*, und der Herr THOMASIVS in diſſ. *de iniuſto heredipeta-*

tarum iure, artig vorgeſtellet. Hierbei iſt doch aber gleichwol zu mercken, daß die angeſetzte conditio muß zukünftig ſeyn. Denn wenn einer auf die vergangene Zeit ſeine Abſicht nehmend im Teſtament geſchrieben hätte: weil mir *Titius* 100. Rthlr. vermachet hat, ſo vermache ich ihm wieder ſo viel, da iſt das legatum nicht captatorium, ſondern remuneratorium. So galten auch ehemals die legata poenæ nomine relicta eben ſo wenig, als die legata captatoria. Wir verſtehen unter den legatis poenæ nomine relictis, legatum, quodvis coërcendi heredis cauſſa relictum. Es iſt über dieſe legata unter den Rechtsgelehrten gar ſehr geſtritten worden, bis endlich der fürtrefliche Herr BYNKERSHOEK in einer beſondern Schrift, *de legatis pœnæ nomine*, ſolches deutlich gemachet hat. Der Keiſer *Juſtinianus* ſaget in §. *ult. Inſt. h. t. pœnæ nomine legari videtur, quod coërcendi heredis cauſſa relinquitur, quo magis aliquid faciat aut non faciat: vel uti ſi quis ita ſcripſerit: Heres meus ſi filiam ſuam in matrimonium Titio collocaverit, vel ex diverſo, ſi non collocaverit, dato decem aureos Seio.* Faſt gleiche Worte finden ſich in ULPIANI *Fragment. Tit. XXV.* §. 17. Wenn man aber dieſen Unterſchied annehmen will: ſo wird man gewiß inter legatum poenæ nomine & ſub conditione relictum keinen Unterſchied antreſen können. Die Sterbenden waren als legislatores anzuſehen, und wenn ſie dahero im Teſtament geſchrieben hatten: lego Seio centum ſi filiam filio in uxorem dederis: ſo war dieſer ultima voluntas ſub conditione relicta rata. Warum wurde ein legatum poenæ nomine relictum genennet, und für unerlaubet gehalten, wenn der teſtator im Teſtament geſchrieben hatte: heres, ſi filiam *Titio* uxorem dederit, *Seio* centum aureos dato? Was iſt alſo die Urſache geweſen, daß die eine formula rata, die andere irrita war. Da hat nun der Herr BYNKERSHOEK zuerſt geſehen und erwieſen, daß *Tribunianus* die Sache nicht verſtanden, weil dergleichen legata golten, L. *6. princ.* L. 27. D. *de condit. & demonſtr.* L. 1. §. 8. D. *ad* L. *Falcid.* Es muthmaſſet dahero der Herr BYNKERSHOEK, daß dasjenige, welches in §. 36. *in fin. Inſt. h. t.* die exception ausmachet, bei den Alten ſelbſt die Regel geweſen, argum. L. 1. D. *de his, quæ pœn. nom.* daß alſo ein legatum poenæ nomine geweſen, wenn dem legatario etwas ſchändliches und unerlaubtes anbefohlen worden. Der Keiſer *Juſtinianus* hat alſo haben wollen, daß dergleichen legata gelten ſollen, wenn nur dem Erben nichts ſchändliches aufgeleget wird. Z. E. Mein Erbe ſoll 1000. Rthlr. *Mevio* zahlen, wenn er *Titium* nicht ermorden wird. Wenn aber der Herr BYNKERSHOEK meinet, daß *Tribunianus* die Sache nicht verſtanden habe, ſo müſſen wir denſelben billig hier entſchuldigen, wenn er geſetzet: poenæ nomine legatum eſt, quod coërcendi heredis cauſſa relinquitur, quo magis aliquid faciat, aut non faciat. Allein wenn wir ſagen ſollen, wie eigentlich die Sache iſt, ſo hat ja

eben

eben VLPIANVS *in Fragment. Tit. XXIV.* §. 17. dieſe definition gegeben, daher es hart zu ſeyn ſcheinet, den armen *Tribunianum* deswegen zu tadeln. Denn es gab bisweilen ſolche närriſche Leute, welche, ohne eine Urſache zu haben, dem Erben allerhand lächerlich Zeug vorſchrieben, und daneben ſetzten, wenn er ihren Willen nicht Gehorſam leiſten würde, er alsdenn legata auszahlen ſolte. Ein Exempel ſolcher Narrheit lieſet man bei HORATIO *lib. II. Serm. Sat. III. v.* 84. ſeqq.

Heredes Staberi ſummam incidere ſepulcro:
Ni ſic feciſſent, gladiatorum dare centum
Damnati populo paria, atque epulum, arbitrio Arri.
Frumenti quantum metit Africa.

Dergleichen legata nun haben die Geſätze verboten, obgleich der Keiſer *Iuſtinianus*, wie wir ſchon erwehnet haben, ſolches geändert hat.

§. 639. Es iſt noch die letzte Frage übrig zu erörtern, welche darin beſtehet: quænam actiones competant legatariis & fideicommiſſariis ad legata conſequenda? Wir antworten darauf, daß drei actiones vorhanden ſind, wodurch man die rem legatam erhalten kan. Und zwar 1) hat man actionem perſonalem ex contractu, welche actio ex teſtamento genennet wird. Denn weil der Erbe, wenn er die Erbſchaft antritt, mit den legatariis einen quaſi contractum ſchlieſſet (§. 596. II.): ſo klaget der legatarius wider den Erben, die legata cum uſuris a tempore moræ zu zahlen. 2) So hat man auch rei vindicationem, welches eine actio realis iſt, quum enim dies legatorum cedat a tempore teſtatoris, dominium etiam rei legatæ ſtatim tranſit ad legatarium (§. 606. III.): & hinc legatarius rem ſuam vindicat a quocumque poſſeſſore. 3) Letzlich hat man auch actionem hypothecarium, oder quaſi ſervianam, welche den legatariis deswegen zuſtehet, weil ſie ein ſtillſchweigendes Unterpfand in allen bonis hereditariis haben. Wir ſagen mit Bedacht, in bonis hereditariis: denn die Güter des Erben ſind den legatariis nicht verbunden, L. 1. *Cod. commun. de legat.* Ob nun aber gleich die legatarii dieſer drei Klagen ſich bedienen können: ſo erſiehet doch ein ieder gar leichte, daß die rei vindicatio nicht ſtatt finden könne, als wenn eine gewiſſe ſpecies vermachet worden. Denn wenn ein genus oder quantitas vermachet iſt: ſo kan daſſelbe als eine res incorporalis nicht vindiciret werden.

Tit. XXI.

De Ademtione Legatorum.

§. 640.

Der Keiser *Iustinianus* behält hier seine Einrichtung, und nachdem er in *Institutionibus* gehandelt hat de modo, quo legata relinquuntur: so redet er itzo de modo, quo adimantur legata & transferantur? Denn da es einmal seine ungezweifelte Richtigkeit hat, quod voluntas hominum sit ambulatoria usque ad mortem: so ist kein Zweifel, daß der testator das legatum dem legatario wieder nehmen, und auf einen andern transferiren kan.

§. 641-643. Adimi dicitur legatum, quando testator, quod antea legaverat, iam non legat. Dieses geschiehet vel ipso iure, vel ope exceptionis. Ipso iure wird einem das legatum wieder genommen, vel verbis, vel factis. Verbis geschiehet dieses, wenn der testator in seinem letzten Testament, oder im Codicill sich erkläret, se quod antea legaverat, iam non legare, *princ. Inst. h. t.* Ja es ist genug, wenn diese Erklärung von dem testatore in Gegenwart zweier Zeugen geschiehet. Durch facta werden die legata auf mancherlei Weise wieder genommen, und zwar α) si ea induxerit, vel deleverit, β) si rem legatam corruperit, vel in aliam formam redegerit. Jedoch kömmt in L. 88. §. 2. D. *de legat. III.* in diesem Falle ein schöner Unterschied vor, ob die Sache wieder kan zu ihrer vorigen Form gebracht werden, oder nicht. Im ersten Falle erlöschet das legatum nicht, z. E. wenn einer aus dem vermachten Silber hat Becher machen lassen. Im letztern Falle aber hält man dafür, daß das legatum wieder genommen worden, z. E. wenn der testator aus der vermachten Wolle hat Tuch machen lassen. γ) Ferner scheinet das legatum genommen zu seyn, wenn der testator die vermachte Sache ohne dringende Noth verkaufet, oder sonst auf eine Art und Weise veräussert hat. Denn daß daraus eine Vermuthung entstehe, daß der testator die vermachte Sache dem legatario wieder habe nehmen wollen, solches ist von uns oben (§. 615.) umständlich gewiesen worden. Also haben wir bishero gesehen, auf was Art und Weise die legata ipso iure wieder genommen werden: wir müssen nun aber auch erwegen, auf was Art dieses per exceptionem kan bewerckstelliget werden. Hier wird uns in L. 3. §. *ult.* und L. 4. D. *h. t.* ein schönes Exempel an die Hand gegeben, wenn der legatarius mit dem testatore in einer unversöhnlichen Feindschaft gelebet, und sich mit demselben niemals wieder vertragen hat. Denn wer wolte wohl glauben, daß einer seinem Haupt-Feinde ein legatum vermachen wollen? Daher ziehen wir diese Re-

dagegen die legata verbleiben (§. 584. VII.). e) Fällt auch ein legatum hinweg, si conditio defecerit. Denn da der Ausgang eines solchen legati von der Bedingung aufgeschoben wird: so folget von selbst, daß wenn die Bedingung aufhöret, auch das legatum aufhören müsse, als dessen dies nec cedit, nec venit ante existentem conditionem (§. 633.). II.) Wir haben aber auch gesaget, quod lex legata pro non scriptis habeat, von welchen Falle ein besonderer Titel in den Pandekten (*Lib. XXXIV. Tit IIX.*) vorhanden ist. Dieses geschiehet, a) qui per naturam legatum exitum habere nequit, z. E. wenn der testator so kauderwelsch geredet hat, daß er weder kan verstanden, noch dessen wahre Willens Meinung aus seinen Worten kan geschlossen werden, L. 3. 4. 10 27. D. *de reb. dub.* Es wird auch ein legatum pro non scripto gehalten, b) wenn es den Gesätzen zuwider ist vermachet worden, z. E. einem Untüchtigen, Gefangenen, deportato, oder einem, der nicht in rerum natura ist, L. 4. *princ.* §. 1. D. *de his, quæ pro non script. habent.* Gleichergestalt verhält es sich auch c) si legatum sit turpe & denotandi magis legatarii gratia relictum, wie die Worte in L. 1. *eod.* lauten, alwo denotare nichts anders bedeuten soll, quam ignomia quadam adficere, vel pudorem legatarii lædere, z. E. wenn der testator setzet, ich vermache *Titio* 100. Rthl. welche er seiner Ehebrecherin geben kan. Letzlich wird auch ein legatum pro non scripto gehalten, d) wenn einer sich selbst ein legatum zugeschrieben hat, da er zu Verfertigung des Testaments ist gebrauchet worden. Denn weil dergleichen Testament sehr verdächtig ist, daß es falsch sey: so wird auch das legatum für falsch gehalten, und exstinguiret, L. 7. §. 3. *Cod. qui si sibi adscripsi. in testam.* III.) Bisweilen wird das legatum dem legatario als einem Unwürdigen genommen, und dem Fisco zugeeignet. Es werden aber so oft die legata weggenommen, so oft der legatarius durch ein an den Verstorbenen begangenes Verbrechen sich dieser Freigebigkeit unwürdig gemacht hat, z. E. wenn er den testatorem ermordet, oder ihm Ursache zu seinen Tode gegeben hat, oder er hat ihn gezwungen, wieder seinen Willen ein Testament zu machen. Von diesen Sachen findet sich ein besonderer Titel in den Pandecten (*Lib. XXXIV. Tit. IX.*) *de his quæ ut indignis auferuntur.*

Sachen, die von einerlei Art seyn, sich eine erwähle, z. E. *Titius* soll dasjenige Pferd aus dem Stalle haben, welches er sich erwählen wird. Von diesem legato ist folgendes zu mercken: 1) daß hier der legatarius auch die beste Sache erwählen kan, welches er sonst in legato generis nicht thun darf. Aber wie, wenn ihm die Wahl überhaupt, ohne eine Anzahl zu bestimmen, ist zugestanden worden, z. E. *Titius* soll die Wahl haben, sich von meinen Knechten, welche zu nehmen? Da kan er sich deren drei erwählen, L. 1. D. *de opt. legat.* 2) Wenn sich der legatarius die Sache einmal erwählet hat, so kan hernach keine Reue mehr statt finden, sondern er hat es sich zuzurechnen, daß er nicht klüger gehandelt, und besser gewählet hat. So ist auch 3) zu mercken, daß diese legata nach den alten Rechten hinwegfielen, wenn der legatarius bei seinem Leben nicht gewählet hatte, weil es alsdenn nicht anging, daß ein Erbe die Wahl thun konte. Daß ich die Sache kurtz mache, so ist zu mercken, quod legatum hoc, ante optionem factam, non transmitteretur ad heredes. Allein der Keiser Iustinianus hat dieses in L. *ult. Cod. commun. de legat. & fideicommiss.* geändert, und den Erben des legatarii zugestanden, daß dieselben nach dessen Tode annoch die Wahl haben sollen. Daß also dieses legatum nunmehro auch auf die Erben des legatarii gehet: allein es dürfen die Erben nicht die beste Sache erwählen.

§. 623. Es ist noch eine Regel von dem legato generis & quantitatis übrig, welches folgende ist: nec genus, nec quantitas pereunt. Es hat diese Regel einen gar fürtreflichen Nutzen. Denn wenn mir z. E. ein Pferd oder eine Geld-Post von 1000. Gulden vermachet worden ist, und der Erbe das Pferd, welches er mir gäbe sich anschafte, oder das Geld auf den Tisch gezahlet hätte, und hernach ein homo trium litterarum, cui omne ingenium in digitos abit, käme, und Pferd und Geld mausete: so würde der Erbe sich deswegen nicht entschuldigen, oder sich von der Leistung des legati befreien können, weil das genus und quantitas allezeit in der Welt seyn, und niemals untergehen.

§. 624. Endlich ist die Frage zu erörtern, ob auch facta können vermachet werden? Wir bejahen dieses ohne Bedencken, theils, weil uns auch die facta einen Nutzen schaffen, theils, weil der testator dem Erben befehlen kan, daß er etwas thun soll, welches ihn gefällt, wenn nur dergleichen factum nicht schändlich, oder lächerlich heraus kömmt. Also gilt das legatum, welches auf diese Art vermachet worden: heres meus damnas esto, ut *Titii* agrum quotannis colat. Hingegen würde es ein lächerlich Vermächtnis seyn, wenn der testator setzen wolte: mein Erbe soll schuldig seyn, wenn *Titius* seinen Geburtstag feiern wird, nackend auf dem Marckte eine Sarabande zu tantzen.

§. 625.

§. 625. 627. Nunmehro folget eine sehr schwere und gar subtile Sache, nemlich das ius adcrescendi. Wenn man sehen will, ob einer in der Rechtsgelahrheit geübet sey: so darf man ihm nur Fragen von diesen Dingen vorlegen, da man gleich sehen wird, wo es hinaus will. Man pfleget deswegen bei Facultäten die Herren Candidaten, welche promoviren wollen, daraus zu examiniren, und sie damit wacker warm zu halten. Wir wollen iczo hiervon umständlich handeln, und diese gantze Lehre de iure adcrescendi in kurtze, iedoch deutliche, Regeln zu bringen suchen. Es ist aber das ius adcrescendi, quo portio collegatarii deficientis alteri adcrescit. Dieses Recht gilt nicht allein in legatis, sondern auch in hereditatibus, iedoch aus einer gantz unterschiedenen Ursache. Denn bei den Erbschaften ist das ius adcrescendi nothwendig, weil es da heisset: nemo potest pro parte testatus & pro parte intestatus decedere (§. 542.). Wenn also der testator *Sempronium* und *Mevium* zum Erben eingesetzet hätte, *Mevius* aber seinen Theil nicht haben wolte: so würde derselbe auf die heredes ab intestato fallen, wenn er nicht den Miterben zuwüchse. Hingegen entstehet das ius adcrescendi bei den legatis nur aus dem vermutheten Willen des testatoris. Denn indem derselbe *Titium* und *Mevium* in einem legato zusammengesetzet hat: so hat er ausser allen Zweifel haben wollen, daß die eine portion des abgehenden legatarii dem mit ihm verknüpften legatario zuwachsen, als bei dem Erben bleiben soll. Und daher kömmt eben der grosse Unterschied, inter ius adcrescendi legatariorum & heredum. Denn 1) dem Erben wächset auch etwas wider seinen Willen zu, wenn nicht α) eine res aliena durch die Erbschaft verlassen worden, L. *uls. in fin. Cod. de hered. instit.* GOMEZ. *in Var. Resol.* c. X. n. 16. und β) wenn nicht der minor adiens in integrum restituiret wird, L. 61. D. *de adquir. ve. omitt. hered.* Man kan auch nicht sagen, quod defunctus pro parte testatus pro parte intestatus decesserit, ob L. 7. §. *sed quod Papinianus, in fin.* D. *de minor.* Den legatariis aber wächset die abgehende Portion nicht allezeit zu, sondern nur mehrentheils, wenn sie wollen. 2) Den Erben wächset allezeit etwas zu cum onere, bisweilen aber auch den legatariis sine onere. 3) Bei der Erbschaft kan der testator das ius adcrescendi nicht verbieten, hingegen kan er dieses bei den legatis thun. L. 57. §. 1. D. *de usufructu* L. 7. D. *de reg. iur.* Es wird aber hierbei billig gefraget, quænam sunt huius iuris adcrescendi requisita? Wir antworten darauf: Es sind deren zwei, daß nemlich erstlich der collegatarius abgehen muß, und zwar noch vor dem Tode des testatoris. Denn hat er denselben auch nur eine Minute überlebet, so wird das legatum auf dessen Erben gebracht, und kan dem legatario nicht adcrescciren, L. *un.* §. 5. *Cod. de caduc. tollend.* Das andere requisitum ist, ut sint coniuncti. Es werden aber coniuncti legata-

rii genennet, qui ad eandem rem vocati ſunt; e. gr. *Titio & Mevio* fundum meum do, lego. Hingegen wenn z. E. *Titio* das Haus, *Mevio* aber der Acker vermachet worden, und es gehet einer von beeden ab; ſo kan dem andern nichts zuwachſen, ſondern das legatum bleibet in der Erbſchaft.

§. 628. Ferner haben wir auch zu ſehen, wie vielerlei die coniunctio ſey? Die Rechtsgelehrten pflegen dieſelbe einzutheilen in diejenige, quæ fit re tantum, verbis tantum, & mixtim ſeu re & verbis ſimul. Re tantum coniuncti heiſſen, quando plures ad eandem rem vocantur, ſed diviſis propoſitionibus eorum nomina occurrunt. Verbis tantum dicuntur coniuncti, qui ad eandem rem una propoſitione vocantur, ſed adiectis partibus, non quidem phyſicis, ut res loco dividatur inter legatarios, (ſic enim plane non eſſent coniuncti) ſed intellectualibus. Wir wollen die Sache durch ein Exempel erläutern. Wenn der teſtator im Teſtament geſetzet hat; *Titio* und *Mevio* vermache ich mein Gut, jenem diſſeits des Fluſſes, und dieſem jenſeits des Fluſſes: ſo iſt unter dieſen keine coniunctio, quia revera legatarii non ſunt ad eandem rem vocati, L. 1. *princ.* D. *de uſufruct. adcreſc.* Hingegen wenn der teſtator alſo geſchrieben hat, *Titio* und *Mevio* vermache ich mein Land-Gut zu gleichen Theilen: ſo ſind die legatarii verbis coniuncti, und werden alſo angedeutet

O——O

dagegen legatarii re coniuncti alſo angezeiget werden

O O O

mixtim ſeu re & verbis ſimpl coniuncti werden genennet, quibus eadem res eadem propoſitione partibus non diviſis legata eſt, z. E. ich vermache *Cajo* und *Sejo* meinen fundum Tuſculanum. Dieſe coniuncti legatarii werden folgender maſſen angezeiget

O x O

§. 629. Nachdem wir die definitiones haben voraus ſpatziren laſſen: ſo können wir nunmehro gar leichte die Regeln verſtehen, welche von dem iure adcreſcendi zu mercken ſind. 1) Wenn die legatarii verbis tantum, vel mixtim coniuncti ſind: ſo wächſt die abgehende Portion dem coniuncto zu, wenn dahero in dem vorher angegebenen Exempel *Caius* ſolte abgehen, ſo muß deſſen Portion *Scio* zuwachſen. 2) Wenn einer, welcher re tantum coniunctus geweſen, abgehet: ſo adcreſciret deſſen Portion allen legatariis, iedoch dergeſtalt und alſo, daß die mixtim coniuncti nur für eine Perſon angeſehen werden. Dieſes kan aus folgenden Exempel erkannt werden: primo fundum hunc do, lego: ſecundo eumdem do, lego. Tertio & quarto eumdem do, lego æquis partibus. Quinto & ſexto eumdem do lego.

Nun

Nun wollen wir ſetzen, daß ſecundus abgehe, alsdenn wächſet deſſen Portion allen übrigen zu, aber dergeſtalt, daß primus einen Drittheil, tertius und quartus den andern Drittheil, quintus und ſextus das übrige bekommen. Denn die letztern werden als Collegen nur für eine Perſon gehalten 3) Mixtim & verbis tantum coniunctis adcreſcit volentibus, ſed cum onere: re coniunctis etiam volentibus, ſed ſine onere. Dieſes iſt die gantze Lehre von dem iure adcreſcendi, welche doch pfleget ſo dunckel vorgetragen zu werden. Da hingegen aus unſern gegebenen drei definitionen und drei Regeln die gantze Sache klar und helle iſt. Es iſt aber dieſe Sache mehr ſubtil, als nützlich. Denn es ſetzet dieſelbe einen teſtatorem voraus, welcher in einem und eben dem Teſtament vielen eine eintzige Sache unter unterſchiedenen Redensarten vermachet. Dieſes aber wird bei uns wohl niemand thun, welcher noch ſeine fünf Sinne hat, wie dieſes der Herr THOMASIVS *in Not. ad Inſtit. h. t.* gar recht angemercket hat.

§. 630. Wir kommen nunmehro auf den modum legandi: wovon zu mercken iſt, quod legari poſſit 1) pure, 2) in diem ſeu ex die, quod fieri non poterat in hereditate (§. 544.), 3) ſub conditione, 4) ſub demonſtratione, 5) ſub cauſſa, & denique 6) ſub modo. Von einem jedweden ſoll insbeſondere gehandelt werden.

§. 631. Pure legatur, quando a nulla circumſtantia vel eventu res ſuſpenditur, e. gr. *Titio* lego 1000. florenos. Von dieſem legato puro iſt folgende Regel zu mercken: dies huiuscemodi legati cedit & venit ſtatim a morte teſtatoris L. 1. §. *un. Cod. de caduc. tollend.* Im übrigen heiſſet dies cedit, wenn man zwar etwas ſchuldig iſt, es kan aber noch nicht gefordert werden. Hingegen heiſſet dies venit, wenn die Schuld kan gefordert werden. Daher iſt der Verſtand dieſer Regel, legatum pure relictum & deberi ſtatim & exigi poſſe a morte teſtatoris. Wenn dahero der Erbe in der Zahlung ſäumig geweſen: ſo können von demſelben die Zinſen ſogleich gefordert werden. Es iſt doch aber hierbei eine Ausnahme zu mercken, quod omnia legata, quæ ad heredes non tranſeunt, nec cedant a morte teſtatoris, ſed demum ab adita hereditate. Dergleichen legata ſind, wenn einem der uſusfructus, uſus, habitatio, libertas, und ehemals das legatum optionis vermachet worden, welches aber der Keiſer *Iuſtinianus*, wie wir oben (§. 622.) gezeiget haben, geändert hat.

§. 632. Ein legatum conditionale iſt, welches von einem ungewiſſen Ausgange aufgeſchoben wird. Z. E. Ich vermache *Titio* 1000. Gulden, wenn er Doctor iuris werden wird. Hingegen iſt ein legatum ex die relictum,

ktum, wenn eine gewiſſe Zeit, als ein terminus a quo, dazu geſetzet wird, z. E. ich vermache *Mevio* nach zehen Jahren, von meinem Tode an gerechnet, mein Haus. Legatum in diem iſt, ſo oft als eine Zeit als ein terminus ad quem hinzugeſetzet wird, z. E. ich vermache *Titio* meinen Garten zehen Jahr lang. Im erſten Falle, wenn die Zeit gewiß iſt, dies legati ſtatim cedit, ſed non niſi poſt decennium venit: im letztern Falle dies legati & ſtatim cedit & venit. Es wird aber hierbei gefraget, wie es gehalten werde, ſi dies incertus ſit, adeo, ut nondum conſtet, an extiturus ſit? Wir antworten darauf, daß alsdenn dieſe Zeit als eine Bedingung angeſehen wird, wie wir ſchon oben (§. 544.) angemercket haben, L. 75. D. *de condit. & demonſt.* Wir haben dieſes deswegen angemercket, damit man wiſſe, ob das legatum auf die Erben gehe, oder nicht. Es gehet alſo ein legatum auf die Erben, cuius dies cedit, nicht aber, cuius dies non cedit.

§. 633 Von dem legato conditionali iſt hier eben nichts beſonders zu mercken, welches müſte hinzugethan werden, weil wir oben (§. 545.) ſchon alles abgehandelt haben, da von der Einſetzung der Erben umſtändlich iſt gehandelt worden. Wir haben hier alſo auf weiter nichts, als auf eine einzige Regel bei dem legato conditionali zu mercken: legati conditionalis dies nec cedit, nec venit ante exiſtentem conditionem, L. 5. D. *quando dies legator. ced* Daraus flieſſet, daß wenn der legatarius ante exiſtentem conditionem verſtirbet, derſelbe nichts auf die Erben bringe, ſondern das legatum gantz und gar aufhöre. Aber wie wird es alsdenn gehalten, wenn ein legatum ſub conditione negativa vermachet worden? Wir antworten darauf, daß alsdenn das legatum erſt nach dem Tode müſſe gezahlet werden. Es hat aber der Römiſche Rechtsgelehrte Q. MVCIVS SCÆVOLA eine Art der Caution erſunden, welche von ihm cautio Muciana genennet wird, und welche dahin gehet, daß der legatarius Sicherheit machet, das legatum mit den Zinſen wieder herauszugeben, wenn er gegen die Bedingung handeln wird. Wenn dieſe Caution iſt geleiſtet worden: ſo muß alsdenn das legatum ſogleich gezahlet werden, L. 7. L. 18. D. *de condit. & demonſtr.*

§. 634. Sub demonſtratione dicitur legari teſtator, quoties vel perſonæ, vel rei legatæ addit deſcriptionem, z. E. *Titio*, welcher meine Sachen verwaltet hat, vermache ich 100. Rthlr. *Mevio* vermache ich das Haus, welches ich von Sempronio gekauft habe. Von dieſem legato iſt zu mercken, daß eine falſa demonſtratio demſelben nicht ſchade, wenn man nur von der Perſon, oder von der Sache aus einem andern Umſtande Gewißheit haben kan. Wenn dahero gleich falſch wäre, daß bei dem angeführten Exempel *Titius* des Verſtorbenen Sachen nicht verwaltet hätte, oder daß das Haus von

Sem-

Sempronio nicht gekauft worden: ſo würde doch dieſes legatum nichts deſtoweniger nützlich ſeyn, und ſeine gute Wirckung haben, §. 30. *Inſt. h. t.*

§. 635. Wir kommen in dieſem §pho auf das legatum ſub cauſſa relictum. Per cauſſam verſtehen wir hier impulſivam, oder den Bewegungs-Grund, welchen der teſtator im Teſtament ausgedrücket hat, z. E. ich vermache *Titio* 100. Rthlr. weil er mir meinen Proceß geführet hat. Hier gilt eben diejenige Regel, welche wir vorher angeführet haben, falſa cauſſa legatum non vitiat, §. 31. *Inſt. h. t.* Denn weil der teſtator als legislator anzuſehen iſt, man aber dem Geſätze Gehorſam leiſten muß, ob auch gleich der teſtator einen gantz falſchen Bewegungs-Grund angeführet: ſo muß dieſes billig auch bei den legatis in Obacht genommen werden. Es findet ſich aber hierbei eine Ausnahme, wenn der teſtator in der Urſache geirret hat, und der Erbe beweiſen kan, daß der teſtator kein legatum würde vermachet haben, wenn er die Sache beſſer gewuſt hätte. In dieſem Falle iſt das legatum von gar keiner Wirckung, L. 72. §. 6. D. *de condit. & demonſtrat.*

§. 636. 637. Endlich heiſſet legatum ſub modo relictum, wenn ein gewiſſer Endzweck ausgedrücket wird, zu welchen das legatum vermachet wird, z. E. ich vermache *Titio* 3000. Rthlr. daß er Doctor iuris werden kan. Von dieſem legato heiſſet es, dies & cedit ſtatim & venit, wenn nur der legatarius Caution macht, daß er dieſer Abſicht nachkommen wolle, oder wenn ſolches nicht geſchähe, er das legatum herausgeben wolle L. 40. §. *ult.* D. L. 80. D. *de condit. & demonſtr.* Es iſt auch hierbei zu mercken, daß, wenn es nicht in des legatarii ſeiner Gewalt ſtehet, dieſen Endzweck ein Genüge zu thun, alsdenn alles für erfüllet gehalten werde, L. 1. *Cod. de his, qui ſub mod. leg.* Alſo verhält es ſich auch, ſi idem modus ſit turpis, L. *fin.* D. *de aur. arg. legat.* Ferner ſi qua cauſſa in ſimilem convertatur. L. 16. D. *de uſufructu.*

§. 638. Ob nun aber gleich die Gewalt der teſtatorum ſehr groß iſt: ſo ſind doch die legata captatoria, und nach den alten Rechten, die legata poenæ nomine relicta verboten. Legata captatoria werden genennet, wenn einer iemand ein legatum vermachet, unter der Bedingung, daß er ihm wieder vermachen ſoll, oder wie man zu ſagen pfleget, wenn einer eine Knackwurſt nach einen Schincken wirft: tunc enim revera alterius bona captat. Z. E. *Titio* vermache ich 1000. Gulden, wenn er mir eben ſo viel vermachen wird. Weil nun nichts ſchändlichers als ein ſolches legatum iſt: ſo wollen auch die Geſätze haben, daß daſſelbe ſoll keine Gültigkeit haben. Die Urſache davon lieget in inſigni nequitia heredipetarum, qui defunctos captabant quovis modo: und hat deren Künſte der Herr van BYNKERSHOEK in opuſculo *de captatoriis inſtitutionibus*, und der Herr THOMASIVS in diſſ. *de iniuſto heredipe-*

ta-

tarum iure, artig vorgeſtellet. Hierbei iſt doch aber gleichwol zu mercken, daß die angeſetzte conditio muß zukünftig ſeyn. Denn wenn einer auf die vergangene Zeit ſeine Abſicht nehmend im Teſtament geſchrieben hätte: weil mir *Titius* 100. Rthlr. vermachet hat, ſo vermache ich ihm wieder ſo viel, da iſt das legatum nicht captatorium, ſondern remuneratorium. So galten auch ehemals die legata poenæ nomine relicta eben ſo wenig, als die legata captatoria. Wir verſtehen unter den legatis poenæ nomine relictis, legatum, quodvis coërcendi heredis cauſſa relictum. Es iſt über dieſe legata unter den Rechtsgelehrten gar ſehr geſtritten worden, bis endlich der fürtrefliche Herr BYNKERSHOEK in einer beſondern Schrift, *de legatis pœnæ nomine*, ſolches deutlich gemachet hat. Der Keiſer *Juſtinianus* ſaget in §. *ult. Inſt. h. t. pœnæ nomine legari videtur, quod coërcendi heredis cauſſa relinquitur, quo magis aliquid faciat aut non faciat: vel uti ſi quis ita ſcripſerit: Heres meus ſi filiam ſuam in matrimonium Titio collocaverit, vel ex diverſo, ſi non collocaverit, dato decem aureos Seio.* Faſt gleiche Worte finden ſich in ULPIANI *Fragment. Tit. XXV.* §. 17. Wenn man aber dieſen Unterſchied annehmen will: ſo wird man gewiß inter legatum poenæ nomine & ſub conditione relictum keinen Unterſchied antreſen können. Die Sterbenden waren als legislatores anzuſehen, und wenn ſie dahero im Teſtament geſchrieben hatten: lego Seio centum ſi filiam filio in uxorem dederis: ſo war dieſer ultima voluntas ſub conditione relicta rata. Warum wurde ein legatum poenæ nomine relictum genennet, und für unerlaubet gehalten, wenn der teſtator im Teſtament geſchrieben hatte: heres, ſi filiam *Titio* uxorem dederit, *Seio* centum aureos dato? Was iſt alſo die Urſache geweſen, daß die eine formula rata, die andere irrita war. Da hat nun der Herr BYNKERSHOEK zuerſt geſehen und erwieſen, daß *Tribunianus* die Sache nicht verſtanden, weil dergleichen legata golten, L. 6. *princ.* L. 27. D. *de condit. & demonſtr.* L. 1. §. 8. D. *ad* L. *Falcid.* Es muthmaſſet dahero der Herr BYNKERSHOEK, daß dasjenige, welches in §. 36. *in fin. Inſt. h. t.* die exception ausmachet, bei den Alten ſelbſt die Regel geweſen, argum. L. 1. D. *de his, quæ pœn. nom.* daß alſo ein legatum poenæ nomine geweſen, wenn dem legatario etwas ſchändliches und unerlaubtes anbefohlen worden. Der Keiſer *Juſtinianus* hat alſo haben wollen, daß dergleichen legata gelten ſollen, wenn nur dem Erben nichts ſchändliches aufgeleget wird. Z. E. Mein Erbe ſoll 1000. Rthlr. *Mevio* zahlen, wenn er *Titium* nicht ermorden wird. Wenn aber der Herr BYNKERSHOEK meinet, daß *Tribunianus* die Sache nicht verſtanden habe, ſo müſſen wir denſelben billig hier entſchuldigen, wenn er geſetzet: poenæ nomine legatum eſt, quod coërcendi heredis cauſſa relinquitur, quo magis aliquid faciat, aut non faciat. Allein wenn wir ſagen ſollen, wie eigentlich die Sache iſt, ſo hat ja

eben

eben VLPIANVS *in Fragment. Tit. XXIV.* §. 17. dieſe definition gegeben, daher es hart zu ſeyn ſcheinet, den armen *Tribunianum* deswegen zu tadeln. Denn es gab bisweilen ſolche närriſche Leute, welche, ohne eine Urſache zu haben, dem Erben allerhand lächerlich Zeug vorſchrieben, und daneben ſetzten, wenn er ihren Willen nicht Gehorſam leiſten würde, er alsdenn legata auszahlen ſolte. Ein Exempel ſolcher Narrheit lieſet man bei HORATIO *lib. II. Serm. Sat. III. v.* 84. ſeqq.

Heredes Staberi ſummam incidere ſepulcro:
Ni ſic feciſſent, gladiatorum dare centum
Damnati populo paria, atque epulum, arbitrio Arri.
Frumenti quantum metit Africa.

Dergleichen legata nun haben die Geſätze verboten, obgleich der Keiſer *Iuſtinianus*, wie wir ſchon erwehnet haben, ſolches geändert hat.

§. 639. Es iſt noch die letzte Frage übrig zu erörtern, welche darin beſtehet: quænam actiones competant legatariis & fideicommiſſariis ad legata conſequenda? Wir antworten darauf, daß drei actiones vorhanden ſind, wodurch man die rem legatam erhalten kan. Und zwar 1) hat man actionem perſonalem ex contractu, welche actio ex teſtamento genennet wird. Denn weil der Erbe, wenn er die Erbſchaft antritt, mit den legatariis einen quaſi contractum ſchlieſſet (§. 596. II.): ſo klaget der legatarius wider den Erben, die legata cum uſuris a tempore moræ zu zahlen. 2) So hat man auch rei vindicationem, welches eine actio realis iſt, quum enim dies legatorum cedat a tempore teſtatoris, dominium etiam rei legatæ ſtatim tranſit ad legatarium (§. 606. III.): & hinc legatarius rem ſuam vindicat a quocumque poſſeſſore. 3) Letzlich hat man auch actionem hypothecarium, oder quaſi ſervianam, welche den legatariis deswegen zuſtehet, weil ſie ein ſtillſchweigendes Unterpfand in allen bonis hereditariis haben. Wir ſagen mit Bedacht, in bonis hereditariis: denn die Güter des Erben ſind den legatariis nicht verbunden, L. 1. *Cod. commun. de legat.* Ob nun aber gleich die legatarii dieſer drei Klagen ſich bedienen können: ſo erſiehet doch ein ieder gar leichte, daß die rei vindicatio nicht ſtatt finden könne, als wenn eine gewiſſe ſpecies vermachet worden. Denn wenn ein genus oder quantitas vermachet iſt: ſo kan daſſelbe als eine res incorporalis nicht vindiciret werden.

dagegen die legata verbleiben (§. 584. VII.). c) Fällt auch ein legatum hinweg, ſi conditio defecerit. Denn da der Ausgang eines ſolchen legati von der Bedingung aufgeſchoben wird: ſo folget von ſelbſt, daß wenn die Bedingung aufhöret, auch das legatum aufhören müſſe, als deſſen dies nec cedit, nec venit ante exiſtentem conditionem (§. 633.). II.) Wir haben aber auch geſaget, quod lex legata pro non ſcriptis habeat, von welchen Fälle ein beſonderer Titel in den Pandekten (*Lib. XXXIV. Tit IIX.*) vorhanden iſt. Dieſes geſchiehet, a) qui per naturam legatum exitum habere nequit, z. E. wenn der teſtator ſo kauderwelſch geredet hat, daß er weder kan verſtanden, noch deſſen wahre Willens-Meinung aus ſeinen Worten kan geſchloſſen werden, L. 3. 4. 10 27. D. *de reb. dub.* Es wird auch ein legatum pro non ſcripto gehalten, b) wenn es den Geſätzen zuwider iſt vermachet worden, z. E. einem Untüchtigen, Gefangenen, deportato, oder einem, der nicht in rerum natura iſt, L. 4. *princ.* §. 1. D. *de his, quæ pro non ſcript. habent.* Gleichergeſtalt verhält es ſich auch c) ſi legatum ſit turpe & denotandi magis legatarii gratia relictum, wie die Worte in L. 1. *eod.* lauten, alwo denotare nichts anders bedeuten ſoll, quam ignomia quadam adficere, vel pudorem legatarii lædere, z. E. wenn der teſtator ſetzet, ich vermache *Titio* 100. Rthl. welche er ſeiner Ehebrecherin geben kan. Letzlich wird auch ein legatum pro non ſcripto gehalten, d) wenn einer ſich ſelbſt ein legatum zugeſchrieben hat, da er zu Verfertigung des Teſtaments iſt gebrauchet worden. Denn weil dergleichen Teſtament ſehr verdächtig iſt, daß es falſch ſey: ſo wird auch das legatum für falſch gehalten, und exſtinguiret, L. 7. §. 3. *Cod. qui ſi ſibi adſcripſ. in teſtam.* III.) Bisweilen wird das legatum dem legatario als einem Unwürdigen genommen, und dem Fiſco zugeeignet. Es werden aber ſo oft die legata weggenommen, ſo oft der legatarius durch ein an den Verſtorbenen begangenes Verbrechen ſich dieſer Freigebigkeit unwürdig gemacht hat, z. E. wenn er den teſtatorem ermordet, oder ihm Urſache zu ſeinen Tode gegeben hat, oder er hat ihn gezwungen, wieder ſeinen Willen ein Teſtament zu machen. Von dieſen Sachen findet ſich ein beſonderer Titel in den Pandecten (*Lib. XXXIV. Tit. IX.*) *de his quæ ut indignis auferuntur.*

Tit. XXII.

De Lege Falcidia.

§. 648. 650.

Dieſer Titel wird mit dem vorhergehenden folgendermaſſen verknüpfet, daß gleichwie der Keiſer *Iuſtinianus* uns vorher gezeiget hat, auf was vor Art und Weiſe die legata gantz und gar aufhören, alſo derſelbe uns ietzo lehret, auf was Art die legata bisweilen verringert, d. i. zu einer kleinern Zahl gebracht werden. Im übrigen haben wir hierbei zu mercken, daß dieſer Titel drei Theile in ſich begreife, deren der erſte von der Hiſtorie des legis Falcidiæ (§. 648. 650.), der andere von dem Rechte, welches durch den legem Falcidiam eingeführet worden (§. 651. 653.), und der dritte von den Urſachen, weswegen der lex Falcidia hinwegfällt, (§. 654.) handelt. Was die Geſchichte des legis falcidiæ betrift: ſo haben wir öfters erinnert, daß in den LL. XII. *Tabb.* verordnet geweſen, *paterfamilias, uti legaſſit, ita ius eſto*, durch welche Verordnung die teſtatores eine groſſe Freiheit erhalten haben, Vermächtniſſe zu machen, wie POMPONIVS in L. 120. D. *de Verbor. Signif.* anmercket. Allein dieſe groſſe Freiheit wurde hernachmals von den teſtatoribus gar ſehr gemißbrauchet. Denn öfters ſetzten ſie einen nur dicis cauſſa zum Erben ein, erſchöpften aber die Erbſchaft dergeſtalt durch die Vermächtniſſe, daß der Erbe davon gar keinen Nutzen hatte. Daraus entſtunde nun eine groſſe Unbeqvemlichkeit, weil die eingeſetzten Erben dergleichen Erbſchaften, welche mit keinem Nutzen verknüpfet, und ihnen unnütze, auch wohl gar gefährlich waren, fahren lieſſen, wodurch auch die legatarii nichts empfingen, und alſo das gantze Teſtament übern Hauffen fiel. Bei ſogeſtalten Sachen fand man für nöthig, dieſe Freiheit, legata zu vermachen, durch die Geſätze zu mäßigen, wie Pomponius in L. 120. D. *de verb. ſignif.* meldet. Man hatte davon drei Geſetze, nemlich *Legem Furiam, Voconiam* und *Falcidiam*. Des *Legis Furiæ* gedencket ſchon CICERO *pro Balbo* c. 8. *Tulit apud maiores noſtros legem C. Furius de teſtamentis. C. Furius* war Tribunus plebis, und verordnete, daß einer nicht über 1000. Aſſes, oder wie ſich THEOPHILVS ausdrücket, *χίλια νομίσματα, mille nummos*, vermachen, oder mortis cauſſa verſchencken ſolte, es geſchähe denn ſolches den cognatis, und andern gewiſſen Perſonen, wovon VLPIANVS *in Fragment. Tit. XXVIII.* §. 7. redet. Wenn einer über dieſe Summe etwa ein legatum empfangen hatte: ſo wurde zwar daſſelbe nicht reſcindiret, iedoch muſte der legatarius daſſelbe vierfach wiedergeben. Allein die Spitzfindigkeit der Römer

brachte

Regel daraus: ubicumque aliquid contingit, ex quo præsumi possit, testatorem mutasse animum, ibi legatum ope exceptionis adimitur. Denn hier kan von dem Erben dem legatario die generalis exceptio doli mali entgegen gesetzet werden.

§. 644. Hier kommen wir auf die translationem legatorum, von welcher gesaget wird, daß sie so oft geschehe, als sich einige Veränderung bei dem legato äussert. Es wird aber das legatum auf eine vierfache Weise transferiret: a) daß die Person des legatarii verändert werde, nemlich wenn der testator *Titio* dasjenige vermachet, was er *Mevio* vermachet hatte; b) daß selbst die res legata verändert werde, z. E. wenn der testator an statt des Hauses, welches vermachet worden, die Bibliothek vermachet. c) Daß die Person verändert wird, von welcher etwas vermachet worden, z. E. wenn einem legatario die Zahlung anbefohlen wird, welche nach dem ersten Testament der Erbe thun sollen. d) Daß die Natur und Eigenschaft des legati selbst, oder der modus legandi verändert werde, z. E. wenn vorhero ein legatum pure vermachet worden, ietzo aber eine Zeit, oder Bedingung hinzu gesetzet wird. Aus diesen allen erhellet, daß das Wort transferre bei den Rechtsgelehrten eine gantz andere Bedeutung, als gemeiniglich sonst habe, und so viel heisse, als mutare. Bei dem ersten modo transferendi legata ist hier noch etwas zu erinnern, nemlich es muß bei demselben allezeit der eigene Name des ersten legatarii wiederholet werden, weil es sonsten nicht sowol eine translatio legati, als vielmehr eine coniunctio der beeden legatariorum ist, L. 34. *princ.* D. *de Legat. I.* Wenn dahero der testator gesaget hätte, das Gut, welches ich *Titio* vermachet habe, vermache ich *Mevio*: so ist dieses eine translatio legati. Wenn aber in dem ersten Testament gesetzet ist, *Titio* vermache ich mein Landgut; und in dem letzten wird gesetzet, *Mevio* vermache ich mein Landgut: so sind diese beeden coniuncti, weil *Titii* Name nicht ist wiederholet worden.

§. 645. In diesem Spho wird gefraget, wie die translatio legatorum geschehen müsse? Denn die ademtio legatorum erforderte nur einen Beweiß. Ja daß durch Hülffe der exception das legatum genommen zu seyn schiene, war die blosse Vermuthung genug, daher gefraget wird ob in transferendo legato auch dieses gelte? Wir antworten darauf: keinesweges, denn wer ein legatum transferiret, der nimmt nicht nur das erste wieder, sondern hinterläßt auch ein neues: ein neues legatum aber kan ohne fünf Zeugen nicht verlassen werden. Es ist dahero dieses zu mercken, weil es öfters geschehen kan, daß wenn das legatum transferiret wird, weder der erste legatarius, noch der letzte etwas empfänget, z. E. wenn einer vor drei Zeugen gesaget hat, fundum, quem *Titio* dedi, *Mevio* lego: so bekommt keiner den fundum.

brachte es gar bald dahin, daß dieſes Geſätz nicht ſträcklich konte beobachtet werden. Denn ſie fiengen an zwar nicht einem über 1000. Aſſes zu vermachen, aber doch ſo viele legatarios zu benennen, daß dem Erben wenig oder nichts von der Erbſchaft übrig bliebe. Dieſem Betruge zu begegnen, muſte man neue Mittel und Wege ausfindig machen, und dahero wurde der *Lex Voconia* von dem Römiſchen Zunftmeiſter, Q. *Voconio Saxa*, A. V. C. 596. als *Capio* und *Philippus* Burgemeiſter waren, gegeben, worin nicht allein verboten war, daß die Weibs-Perſonen nicht konten zu Erben eingeſetzet werden, als nur in einem gewiſſen Theile der Güter, ſondern es war auch geſetzet, daß niemand einem legatario mehr vermachen ſolte, als dem Erben zukäme, CICERO *Verrin. I.* c. 43. Zu dem erſten Hauptſtücke gehöret die Stelle bei DIONE CASSIO *in Hiſt. Impp. lib. LVI.* p. 662. τῶν τε γυναικῶν τισὶ καὶ παρὰ τὸν Οὐοκώνειον νόμον, καθ' ὃν ἀδεμία αὐτῶν πλέονος ὑπὲρ δύο ἥμισυ μυριάδας οὐσίας κληρονομεῖν ἐξῆν, συνεχώρησε τοῦτο ποιεῖν. *Quumque lege Voconia mulieribus prohiberetur, ne qua maiorem centum millibus nummum hereditatem poſſet capere, ea quoque lege quardam ſolvit.* Die Ausleger haben ſich über dieſe Worte gewaltig den Kopf zerbrochen. Nemlich ASCONIVS PÆDIANVS nennet diejenigen *cenſos, qui Centum Millia* H. S. *poſſiderent.* Weil nun die meiſten Seſtertios verſtanden wiſſen wollen; ſo haben ſie geglaubet, Legem Voconiam prohibuiſſe, ne quis, qui centum millia H S. in bonis haberet, plus quam quadrantem bonorum, i. e. XXV. millia Seſtertium feminæ relinqueret. Und ſo verſtehen die Sache CVIACIVS, HOTOMANNVS, MANVTIVS, ANTONIVS AVGVSTINVS. Noch mehr aber haben geirret CORASIVS und MYNSINGER, und haben ſich aus einer falſchen Leſeart des EPITOMATORIS LIVII *lib. XLI.* betrügen laſſen, da ſie aus einem lege deren zwo, nemlich *Voluminiam* und *Voconiam* gemacht haben, deren jener den Weibern ſoll verboten haben, eine Erbſchaft zu bekommen, dieſer aber zugelaſſen haben, daß ſie quadrantem bonorum erhalten können, wenn der teſtator cenſus geweſen. Dieſe Irrthümer hat ſchon BACHOVIVS *ad Inſtit. Tit de fidicommiſſ. hered.* eingeſehen, ſich doch aber nicht aus denſelben herauswickeln können. Da iſt denn endlich der Herr PERIZONIVS gekommen, und hat eine eigene Diſſertation *de Lege Voconia* geſchrieben, worin er p. 144. ſeqq. gewieſen, daß in dem Text DIONIS CASSII drachmæ zu verſtehen, welche die Griechiſchen Schriftſteller allezeit im Sinn haben, ſo oft ſie von dem Römiſchen Gelde reden, IO. FR. D. GRONOVIVS *de pecunia vetere lib. III.* c. 16. Weil man aber durch dieſe Verordnung den vorgehabten Endzweck nicht erreichen konte, indem, wenn zum Exempel ein teſtator war, der 100. Dukaten in Vermögen hatte, und in einem Dukaten den Erben einſetzte, von den übrigen aber unter 99. legatariis einem ieden einen Dukaten vermachte: ſo kam endlich der Römiſche Zunftmeiſter

ſter *P. Falcidius*, und machte eine neue Satzung, welche endlich bei Kräften geblieben. VLPIANVS *Fragment. Tit. XXIV.* §. 32. dieſer *Lex Falcidia* iſt zu *Auguſti* Zeiten A. V. C. 714. unter dem Bürgemeiſter-Amt *Calvini* und *Pollionis* gegeben worden, welches folgende Stelle aus DIONIS CASSII *Hiſt. Imp.* p. 430. anzeiget: *Lex etiam Falcidia a P. Falcidio Tribuno plebis lata, quæ nunc quoque plurimum valet in hereditatibus adeundis: ea autem permittit, ut heres, ſi adire hereditatem gravetur, quadrante accepto, reliquum dimittat.* Es wird dieſes legis Falcidiæ in einer Inſchrift gedacht bei GRVTERO *in Inſcript.* p. 1100. n. 6. *Partem VI. legis Falcidiæ nomin. deductam.* SENECA *lib. II. de Benefic.* c. 4. zielet darauf, da er ſchreibet: *vt beneficia illata & integra ad eos, quibus promiſſa ſunt, perveniant, ſine vlla, quod aiunt, deductione.* Es iſt daher ſehr abgeſchmackt, daß die Griechiſchen und Lateiniſchen *Gloſſatores* gemeinet haben, daß dieſes Geſätz ἀπὸ τῆς Φάλκης, ὁ δηλοῖ δρεπάνην, i.e *a falce vel defalcando*, genennet worden SCHOLIASTES *in* HARMENOPVLI *Promtuar. Iur. lib. V. Tit 9.* oder wie der GLOSSATOR *ad princ. Inſtit. de L. Falcid.* redet *Falcidia ſic dicta, quod ut falx fœnum, ſic & lex legata reſecat.* In dieſem Geſätze war aber verſehen, 1) ut nemo plus poſſit legatis exhaurire, quam dodrantem bonorum, i. e. novem vncias, vt ſic apud heredem tres vnciæ remaneant: 2) vt ſi plus relictum eſſet legatariis, liceat heredi tantum ſingulis pro rata detrahere, vt quartam ſuam ſalvam habeat. Die Worte dieſes Geſätzes hat DVARENVS *in Opp.* p. 1045. hergeſtellet, deſſen Stücke aber hat FRANCISCVS BALDVINVS *in Opuſc. de Lege Falcidia Baſil 1559. 8.* zuſammen getragen und erkläret. Die capita dieſes Geſätzes finden ſich in L. 1. D. *h. t.* und ſind folgende: *Qui cives Romani ſunt, qui eorum poſt hanc legem rogatam teſtamentum, facere volet, ut eam pecuniam easque res quibusque dare legare volet, ius poteſtasque eſto.* In dem zweiten Hauptſtück war dieſe Verordnung enthalten: *Quicumque civis Romanus poſt hanc legem rogatam teſtamentum faciet, is quantam cuique civi Romano pecuniam iure publico dare legare volet, ius poteſtasque eſto, dum ita detur legatum, ne minus, quam partem quartam hereditatis eis, quibus quid ita datum legatumve erit, eam pecuniam ſine fraude ſua capere liceto: iſque heres qui eam pecuniam dare iuſſus, damnatus erit, eam pecuniam debeto dare, quam damnatus eſt.* Aus dieſen allen erhellet genugſam, was die wahre Meinung des Legis Falcidiæ geweſen; daher dasjenige, was ſich in Hieronymi Chron. An. Mund. 1560. ſtehet, für einen Zuſatz eines ungeſchickten leguleii: C. *Falcidius, Tribunus plebis, legem tulit, ne quis teſtamento plus legaret, quam ut quarta pars apud heredes ſuperesſet,* ſi heredes quatuor aut minus eſſent: Sin autem, plus quatuor; tunc ii ſemiſſem retinerent, zu halten iſt. ANTON. CONTIVS *lib. I. Lect. Subceſ.* c. 3. Denn daß dieſe

dieſe Dinge aus den neuern Griechiſchen Rechten ſeyn, ſolches hat OSSELIVS *ad* CAII *Inſtit. Lib. II. Tit. VI.* §. 1. p. 120. zur Genüge dargethan.

§. 651. Wir gehen hier weiter fort zu dem zweiten Theile dieſes Titels, worin gehandelt wird, von dem Rechte, welches durch dieſes Geſätz eingeführet worden. Es können dabei drei Fragen vorkommen. 1) Quis hanc quartam detrahat? 2) Quomodo illa computanda ſit? 3) Quibusnam detrahatur? Es zeiget dieſes der Endzweck dieſes Geſätzes, daß dieſe Wohlthat dem in Teſtament eingeſetzten Erben gegeben worden. Weil es aber heiſſet, ubi eadem eſt ratio, ibi eadem iuris eſt diſpoſitio: ſo iſt nicht zu wundern, daß die Rechtsgelehrten dieſes Geſätz auch auf die Erben, die ab inteſtato ſuccediren, gezogen haben, L. 18. D. *h. t.* Denn es iſt kein Zweifel, daß dieſelben auch in codicillis, wie im Teſtament mit legatis können beſchweret werden. Aus dieſem principio ziehen wir folgende axiomata: α) quod ſi plures ſint heredes, in ſingulis Falcidiæ legis ratio ponenda ſit. Der Verſtand dieſer Worte, welche in *princ. Inſt. h. t.* vorkommen, iſt dieſer, daß wenn viele coheredes ſind, dieſelben alle zugleich die quartam müſſen in Sicherheit haben, und dahero können ſie nur ein ieder pro rata den legatis ſo viel abziehen, daß ſie die quartam ihrer portion empfangen. β) Wenn zween Erben ſind, deren der eine mit vielen legatis beſchweret iſt, der andere aber nicht beſchweret: ſo muß man einen Unterſchied machen, utrum portio onerata adcreſcat non oneratæ, an non onerata oneratæ. Im erſten Falle kan die quarta noch abgezogen werden; in dem letzten aber gehet ſolches nicht an, L. 78. L. 87. §. 4. D. *h. t.* Die Urſache dieſes ſo ſubtilen Rechtes, welche andere nicht eingeſehen haben, iſt eigentlich dieſe, quia, qui ſuccedit in locum, merito etiam in eius ius ſuccedere intelligitur. γ) Quod eiusmodi ius detrahendi neque legatario, neque fideicommiſſario competat. Wenn dahero *Titio* 1000. Thaler vermachet, und ihm ſelbſt befohlen worden, daß er 900. Thaler an andere auszahlen ſoll: ſo kan er nichts abziehen, ob er auch gleich nicht einmal den dritten Theil in Sicherheit hat, weil dieſes beneficium nicht den legatariis, ſondern den Erben zugeſtanden worden. L. 32. §. *fin.* D. *h. t.* Und eben dieſe Urſache ſtreitet auch wieder die fideicommiſſarios, als welche nach unſern Rechten keine Erben ſind, ob dieſelben gleich eine Erbſchaft überkommen. Doch muß hier der Fall ausgenommen werden, wenn der Erbe iſt gezwungen worden, die Erbſchaft anzutreten und ſolche dem fideicommiſſario wieder herausgiebet, L. 63. D. *ad SCtum Trebell* und wenn der fiduciarius heres dieſelbe nicht abgezogen hat, L. 1. D. *eod.*

§. 652. Wenn gefraget wird, wie dieſe quarta Falcidia gerechnet werde? So ſind davon zwei axiomata zu mercken. a) Quod quantitas patrimonii conſideretur, qualis fuit tempore mortis teſtatoris. b) Quod non

intelligatur patrimonium, niſi detractis quibusdam, ad quæ obligatus eſt heres. Aus dem erſten axiomate flieſſet folgende concluſio, quod ſi mortuo teſtatore patrimonium augeatur, illud non profit legatariis, & ſi idem imminuatur, iſtud iis non obſit, L. 73. D. *h. t.* Wenn dahero bei dem Tode des teſtatoris ſind 12000. Thaler in deſſen Verlaſſenſchaft gefunden worden, und der teſtator den legatariis 11000. Thaler vermachet hat, nachgehends aber durch Pacht-Gelder oder Gewinſt aus Kuxen das Vermögen auf 20000. Thaler iſt vermehret worden: ſo kan nichts deſto weniger der Erbe ſeine quartam abziehen. Denn ob er gleich dieſelbe ſchon in Sicherheit hat, tamen, quia quantitas patrimonii, ad quam ratio legis Falcidiæ redigitur, mortis tempore ſpectatur, & eo tempore non tantum in bonis erat, ut heres præſtitis legatis ſalvam quartam habuerit, hinc etiam, ſi poſtea aucta fuerit hereditas, tamen quartam falcidiam detrahere poteſt: iſtud enim incrementum, quod poſtea hereditati acceſſit, non prodeſt legatariis. Aus dem letzten axiomate haben wir verſtanden, rationem quartæ Falcidiæ tunc demum ponendam eſſe, ſi detractum ſit 1) æs alienum, 2) impenſæ funeris 3) pretia, quæ iuſſu teſtatoris pro ſervis ab aliis manumittendis ſolvenda erant; 4) ſumtus in aditione hereditatis facti, wohin denn auch die Koſten gerechnet werden, welche auf die Verfertigung des Inventarii ſind gemachet worden. Wenn dieſe abgezogen ſind: ſo muß alsdenn der Erbe den vierten Theil desjenigen, welches noch übrig iſt, in Sicherheit haben. Wie aber, wenn die legatarii ſagen, daß obgleich der Erbe die quartam aus den Erbgütern des teſtatoris nicht in Sicherheit hätte: ſo habe er doch ſchon ſo viel durch die legata u. Schenckungen des teſtatoris, daß ſeine quartæ nichts fehle, ſondern dieſelbe gar übertreffe. Da wird gefraget; ob dem ohngeachtet die quarta dennoch kan abgezogen werden? Wir antworten darauf, daß dieſes allerdings geſchehen könne, weil in die quartam Falcidiam nichts eingerechnet wird, als was der Erbe titulo inſtitutionis honorabili erhält. Und hierin unterſcheidet ſich eben die quarta Falcidia von der quarta Trebellianica, in welche alles dasjenige gerechnet wird, welches der Erbe von dem teſtatore empfangen hat, es mag ſolches geſchehen ſeyn, unter was vor einen Titel es will, L. 18. §. 1. D. *ad SCtum Trebell.*

§. 653. Die letzte Frage, quibusnam quarta hæc detrahenda ſit? kan auch gar leicht beantwortet werden. Denn wir haben hierbei nur eine einzige Regel zu mercken: Quicumque per ultimam voluntatem titulo ſingulari aliquid accipiunt, illis quarta detrahitur. Dahero kan dieſe quarta den legatariis, und auch den fideicommiſſariis ſingularibus abgezogen werden, als welche letztere der Keiſer *Juſtinianus* den legatariis in allen Stücken gleich gemachet hat (§. 606. II.). Es gehet ſolches auch bei den donatariis mortis

cauſſa

cauſſa an, weil dergleichen Schenckung den ultimis voluntatibus gleich iſt (§ 456.). Hingegen da die donatio inter vivos kein ultima voluntas, ſondern nur ein pactum iſt: ſo erhellet daraus, daß die Verordnung des *Legis Falcidiæ* nicht dahin kan gezogen werden.

§. 654. Hier wird von dem vierten und letzten Theile dieſes Titels zu reden ſeyn, welcher von den Urſachen handelt, derentwegen der *Lex Falcidia* hinwegfällt. Es werden aber eilf ſolche Urſachen angeführet. 1) Wenn der Ehemann ſeiner Ehefrau die eingebrachte Mitgabe wieder vermachet hat: denn alsdenn kan der Erbe nichts abziehen, weil die Frau ihr Eingebrachtes ohnedem bekommen müſte, wenn ihr auch daſſelbe gleich nicht wäre vermachet worden. 2) So fällt auch *Lex Falcidia* hinweg bei einem teſtamento militis, weil demſelben alle innerliche und äuſſerliche Solennitäten erlaſſen ſind. Es kan ferner 3) der *Lex Falcidia* nicht ſtatt finden in ſolchen Sachen, welche der teſtator zu veräuſſern verboten hat. Denn weil hier der legatarius die Sache cum onere bekömmt: ſo ſchiene es unbillig zu ſeyn, denſelben mit einer doppelten Laſt zu beſchweren. Es kan auch der *Lex Falcidiæ* nicht angewendet werden, 4) wenn der Erbe mit der Erbſchaft gefährlich umgegangen iſt. Denn da man nicht weiß, wie hoch ſich dieſelbe erſtrecket: ſo kan auch keine quarta gerechnet werden. Dieſe quarta kan gleichfals 5) von den legatis ad pias cauſſas nicht abgezogen werden, quia horum inſignis eſt favor. 6) Wenn einem die Freiheit vermachet worden, kan die Verordnung des *Legis Falcidiæ* auch nicht Platz ergreifen, weil dieſes eine Sache iſt, welche nicht kan geſchätzet werden. 7) Wenn der teſtator die detractionem *Falcidiæ* verboten hat: ſo kan der Erbe ſich nicht anmaſſen, dieſelbe abzuziehen. Denn dieſes hat der Keiſer Iuſtinianus in *Nov.* 1. c. 2. §. 2. ſo verordnet. STOCKMANN *Deciſ. Brabant.* 38. Es gehet ſolches auch nicht an, 8) wenn der Erbe entweder freiwillig, oder per errorem iuris die legata völlig bezahlet hat. 9) Wenn der Erbe betrüglich gehandelt hat, damit das fideicommiſſum möchte zu nichte gemacht werden: ſo gehet es auch nicht an, daß er die quartam abziehen kan, quia doloſe agentibus non adſiſtunt leges. 10) Die Verordnung des *Legis Falcidiæ* muß auch hinwegfallen, wenn der verſtorbene teſtator noch bei ſeinen Lebzeiten den Erben befriediget hat, daß er ihm etwas gegeben, welches den Werth der quartæ ſchon ausmachet, z. E. wenn er geſaget, ich ſchencke dir mein Haus, daß du demjenigen, welchen ich im Teſtament etwas vermachet habe, nicht ſollſt die quartam abziehen. Letzlich 11) gehet die detractio Falcidiæ nicht an, wenn der Erbe kein inventarium verfertiget hat. Denn wie wolte man die quartam abziehen können, wenn man nicht wüſte, wie hoch ſich die Erbſchaft erſtreckte? Welches doch aber nothwendig aus dem inventario muß erkannt werden.

Tit. XXIII.

De Fideicommiſſariis Hereditatibus & ad SC. Trebellianum.

§. 655.

Wir haben bishero zwo Gattungen der letzten Willen erörtert, nemlich hereditatem teſtamentariam und legata. Nunmehro iſt noch die dritte Gattung übrig, nemlich die fideicommiſſa, von welchen in den übrigen Titeln dieſes Buchs umſtändlich gehandelt wird. Fidei alterius non poſſumus alio modo quidquam committere, quam verbis precativis. Daraus flieſſet ſogleich die definition: Fideicommiſſum eſt, quod verbis precativis, ſeu obliquis relinquitur. Daß ſich dieſes bei den hereditatibus und legatis gantz anders verhalte, ſolches iſt oben gewieſen worden. Denn in dieſen wurden verba directa & civilia, i. e. imperativa erfordert, quia legatum erat legem dicere rebus ſuis. Hinc abſurde ageret legislator, qui verbis precativis uteretur. Was den Urſprung der fideicommiſſorum betrift: ſo hat uns denſelben der Keiſer *Juſtinianus* in §. 1. *Inſt. h. t.* ſelbſt angezeiget, wovon wir hernach reden wollen. Ehemals wenn einer verbis precativis etwas verlaſſen hatte: ſo ſtunde es bei den Erben, ob er ſolches thun wolte, oder nicht. Denn es war keine rechtliche Verbindung vorhanden, ſondern man überließ es der Treue derjenigen, welche waren gebeten worden, §. 1. *Inſtit. h. t.* Es geſchahe aber öfters, daß die Alten ihren Erben fideicommirten, welches entweder heimlich, oder mit ausdrücklichen Worten im Teſtament geſchahe, vornemlich, wenn ſie einem untüchtigen etwas verlaſſen wolten. Wovon ſich die Exempel bei CICERONE *de finibus lib.* II. c. 58. QVINCTILIANO *Declam.* 324. und VALERIO MAXIMO *lib.* IV. c. 2. §. 7. finden. Endlich hat dieſe Sache der Keiſer *Auguſtus* geändert, und die fideicommiſſa eingeführet, daß dieſelben gelten, und die letzten Willen einen Ausgang gewinnen ſolten. Denn SENECA *de tranquill. anim.* c. XI. ſaget: *Religioſus enim homo ſanctusque tueri debet fideicommiſſa.* Der Keiſer *Juſtinianus* erſtattet uns davon §. 1. *Inſt. h. t.* folgenden Bericht: *Poſtea D. Auguſtus primus ſemel iterumque, gratia perſonarum motus, vel ob inſignem quorundam perfidiam, juſſit conſulibus auctoritatem ſuam interponere. Quod quia juſtum videbatur, & populare erat, paullatim converſum eſt in aſſiduam juriſdictionem, tantusque eorum fauor factus eſt, ut paullatim etiam Prætor proprius crearetur, qui de fideicommiſſis jus diceret, quem fideicommiſſarium adpellant.* Aus dieſer Stelle erhellet, 1) daß der Keiſer *Auguſtus* die fideicommiſſa geleiſtet habe, gratia perſonarum motus.

tus. Dieſe Perſonen aber ſind ohne allen Zweifel geweſen L. *Lentulus* und deſſen heres fiduciarius, weil in *princ. Inſtit. de codicillis* geſaget wird; *ex illius perſona etiam fideicommiſſa cœpiſſe.* Wir erlernen ferner daraus, 2) daß Auguſtus den Burgemeiſtern aufgetragen, über die fideicommiſſa zu erkennen, und die benamten Erben anzuhalten, die fideicommiſſa zu reſtituiren. Ja wir erſehen daraus auch, 3) daß ein eigener Prætor fideicommiſſarius geſetzet worden, welcher deſto beſſer bei den fideicommiſſis Recht ſprechen möchte. In GRVTERI *Inſcript.* p. 393. n. 6. kommen in einer Inſcription die Worte vor: PR. D. FIDEICOMMIS. Es ſcheinet aber, daß ſich der Keiſer *Iuſtinianus* in dieſer letzten Sache geirret habe. Denn erſtlich wiſſen wir aus SVETONII *Claudio* c. 23. daß der Keiſer Claudius nicht einen, ſondern zween Prætores fideicommiſſarios geſetzet hat, welche wider ihre Gewohnheit keine iudices pedaneos ſetzten, ſondern ſelbſt die Sache erwogen, und das Urtheil fälleten. L. 2. §. 32. D. *de orig. iur.* Nachhero hat der Keiſer Trianus einen prætorem davon genommen, und nur einen einzigen gelaſſen. L. 2. §. 32. D. *de Orig. iur.* Ferner da ſchon die prætores fideicommiſſarii geſetzet waren: ſo haben doch die Burgemeiſter hierin mit ihnen einen mitlauffenden Gerichtszwang gehabt, dergeſtalt, daß bei den Burgemeiſtern gemeiniglich wegen groſſer, bei den prætoribus aber wegen kleiner Summen geklaget wurde. VLPIANVS *in Fragm. Tit. XXV.* §. 12. QVINCTILIANVS *lib. III. Inſtit. Orat.* c. 6. CVIACIVS *lib.* XXI. *Obſ.* c. 34. Bisweilen pflegten auch die Keiſer ſelbſt über die fideicommiſſariſchen Sachen zu erkennen, dergleichen Exempel PAPINIANVS in L. 26. *de probat.* von dem Keiſer *Commodo* erzehlet.

§. 656. 657. Wir haben bishero geſehen, was fideicommiſſa ſeyn, und worin ihr Urſprung beſtehe: ietzo kömmt die Frage vor, wie vielerlei ein fideicommiſſum ſey? Wir antworten darauf, es wird daſſelbe in univerſale und ſingulare eingetheilet. Univerſale iſt, wenn einem entweder die gantze Erbſchaft, oder ein Theil derſelben per modum fideicommiſſi verlaſſen wird: daher ein ſolches fideicommiſſum in der Rubrik des gegenwärtigen Titels hereditas fideicommiſſaria genennet wird. Fideicommiſſum ſingulare heiſſet, wenn eine res ſingularis, e. gr. genus, ſpecies, aut quantitas per modum fideicommiſſi verlaſſen wird, von welcher Gattung in den folgenden Titel gehandelt wird. Von dem fideicommiſſo univerſali iſt hier zu mercken, daß bei demſelben allezeit drei Perſonen erfordert werden. Denn 1) derjenige, welcher ein fideicommiſſum hinterläſſet, wird fideicommittens genennet; 2) wem anbefohlen wird, daß er die ihm hinterlaſſene Erbſchaft wieder herausgebe, heiſſet heres fiduciarius, weil der teſtator auf deſſelben Treue ein beſonders Vertrauen geſetzet hat. 3) Derjenige, welchen die Erbſchaft

herausgegeben wird, heiſſet heres fideicommiſſarius, quia iure ſtricto civili non eſt heres, nec in ius defuncti tranſit, ſed tantum hereditatem & res hereditarias accipit, L. 88. D. *de hered. inſtit.*

§. 658. Dieſes war die erſte Eintheilung der fideicommiſſorum, iezo folget die andere, nemlich fideicommiſſum eſt vel expreſſum, vel tacitum. Expreſſum wird genennet, wenn einem ausdrücklich und mit dürren Worten anbefohlen wird, daß er die Erbſchaft oder einen Theil derſelben wieder herausgeben ſoll, z. E. *Sicilius* rogat *Atticum*, ut hereditatem ſibi relictam reſtituat *Ciceroni*. Tacitum fideicommiſſum heiſſet, quando reſtitutionis non fit mentio, & tamen heredi aliquid iniungitur, unde colligi poteſt, eum reſtituere debere, e. gr. *Atticus* heres eſto, ſed ea lege, ne teſtamentum faciat. Denn da iſt es eben ſo gut, als ob der teſtator geſaget hätte: *Atticus* heres eſto, ſed rogo eum, ut hereditatem reſtituat proximis cognatis. Auf dieſe Art werden gar öfters die fideicommiſſa familiarum illuſtrium eingerichtet, ſo oft nemlich der teſtator die Erbgüter mit dem fideicommiſſ beſchweret, daß dieſelben beſtändig bei der Familie verbleiben ſollen. Wenn nun alſo geſetzet worden, daß der älteſte aus der Familie dieſe Güter beſitzen ſoll: ſo heiſſet dieſes ſenioratus. Wenn aber die Ordnung nach der Sippzahl, iedoch dergeſtalt gehalten wird, daß allezeit der älteſte Bruder den jüngern vorgezogen wird, ſo heiſſet dieſes maioratus, wovon KNIPSCHILD *de Fideicommiſſis familiæ*, und BETSIVS *de pactis familiarum illuſtrium* ausführlich handeln.

§. 659=661. Aus dieſen gegebenen principiis erhellet nun leichte, 1) quis poſſit fideicommittere? Ein ieder, welcher im Stande iſt ein Teſtament zu machen, kan auch ein fideicommiſſum verlaſſen. Denn ein ſolcher muß nothwendig de hereditate ſua diſponiren, und dahero kan kein filius familias, ſervus, peregrinus, oder andere, von welchen oben (*Lib. II. Tit. XII.*) gehandelt worden, fideicommittiren. Ferner wird 2) gefraget, a quibus fideicommitti poſſit? Wir antworten darauf: ab omnibus, qui hereditatem, vel eius partem titulo inſtitutionis honorabili acceperunt. Weil aber doch niemand mehr kan beſchweret werden, als er iſt beehret worden: ſo würde es ein ſehr abgeſchmacktes fideicommiſſum ſeyn, wenn einer einem in triente zum Erben eingeſetzet, und dabei gebeten hätte, daß er die gantze Erbſchaft wieder heraus geben ſolte. Aber dieſes kan doch geſchehen, daß auch dem heredi fideicommiſſario die reſtitution kan anbefohlen werden, e. gr. *Titius* heres eſto, ſed rogo eum, ut reſtituat hereditatem *Mevio*, *Mevius*, eandem reſtituat *Sempronio*, & ſic in infinitum. So wird auch 3) gefraget, quibus per fideicommiſſum aliquid relinqui poſſit? Wir antworten darauf: omnibus, quibuscum eſt teſtamentifactio paſſiva, ſeu qui heredes inſtitui poſſunt. Wenn mir dahero wäre befohlen worden, die mir im Teſtament verlaſſene

verlaſſene Erbſchaft dem collegio muſico herauszugeben: ſo würde dieſes fideicommiſſum keine Gültigkeit haben, weil ein collegium illicitum bekanntermaſſen nicht kan zum Erben eingeſetzet werden (§. 539. V.). Wenn wir ferner fragen: 4) ubi fideicommitti poteſt? So antworten wir darauf, daß dieſes geſchehen könne entweder im Teſtament, oder im Codicill (§. 657. II.). Es iſt dahero nicht zuverwundern, daß die fideicommiſſa in codicillis können vermachet werden, ob es gleich mit der Erbſchaft nicht angehet. Wozu noch kömmt, daß bisweilen ein Sterbender gar kein Teſtament macht, ſondern die Erbſchaft den heredibus ab inteſtato verläſt, welche er auch im Codicill mit einem fideicommiſſo beſchweren kan. Aus dieſen erhellet, daß ein fideicommiſſum an und vor ſich ſelbſt keiner Solennitäten benöthiget ſey, ſondern daß es ſchon genug, wenn fünf Zeugen gegenwärtig ſind. Bisweilen iſt auch nicht einmal die Gegenwart ſolcher Zeugen nöthig, wenn der teſtator in Gegenwart des heredis fiduciarii ihm anbefiehlet, daß er die Erbſchaft reſtituiren ſoll. Denn wenn alsdenn der heres fiduciarius ſolches läugnet, ſo kan es ihm in das Gewiſſen geſchoben werden, §. *ult. Inſt. h. t.* Die letzte Frage iſt, 5) quomodo fideicommitti poſſit? Wir antworten darauf, es geſchiehet dieſes vel pure, vel ſub conditione, vel in diem: und hier iſt wieder der Unterſchied zu mercken, inter hereditatem & fideicommiſſum. Die hereditas kan nicht ex die verlaſſen werden (§. 544.), §. 9. *Inſt. de hered. inſtit.* bei dem fideicommiſſo aber gehet dieſes gar wohl an, §. 2. *Inſt. h. t.* Die Urſache des Unterſchieds lieget in der gar bekannten und gar zu oft eingeſchärften Regel, nemo poteſt pro parte teſtatus & pro parte inteſtatus decedere, L. 7. D. *de Reg. Iur.* Nun aber würde dieſes geſchehen, ſi hereditas in diem relinqueretur: ſolches aber geſchiehet nicht, ſi in diem relinquitur fideicommiſſum.

§. 652. 662. Hier entſtehet eine ſchöne Frage, ob nemlich der Erbe aus dem fideicommiſſo verbunden werde? Es iſt zu mercken, daß ehemals aus dem fideicommiſſo keine Verbindung entſtanden, ſondern man hat ſolches dem Erben überlaſſen, ob derſelbe das fideicommiſſum leiſten wollen, oder nicht. Und dieſes iſt den Grundſätzen der Rechte gar nicht entgegen geweſen. Denn die Bitte eines andern verbindet mich niemals, wenn ich mich nicht ſelbſt verbindlich gemachet habe, weil eine iede Verbindung entweder ex conſenſu, oder ex delicto entſtehet. Und ſo haben ſich die Sachen verhalten bis auf die Zeiten des Keiſers *Auguſti*, wie wir oben gemeldet haben. Denn da L. *Lentulus* in Africa geſtorben war, und *Auguſtum* und ſeine Tochter zu Erben eingeſetzet, auch in codicillis dieſelben geberen hatte, daß ſie unterſchiedene fideicommiſſa leiſten möchten: ſo hat nicht allein der Keiſer *Auguſtus* dieſes alles gehalten und erfüllet, ſondern auch auf Rath und Eingeben des Rechtsgelehrten C.

Tre-

Trebatii Teſtæ geſetzet, daß die Erben hinführo ſolten verbunden ſeyn, die fideicommiſſa zu leiſten. Weil dieſe Geſchichte nirgend anders als in unſern *Inſtitutionibus* erzehlet wird: ſo ſind einige, welche dieſes für ungegründet halten, weil der Name L. *Lentuli*, welcher doch Burgemeiſter ſoll geweſen ſeyn, in den *Faſtis Conſularibus* nicht vorkäme. Allein es hat der fürtrefliche REINESIVS *in Corp. Inſcript. Claſſ.* X. n. III. 517. zuerſt gewieſen, daß dieſer L. *Lentulus* A. V. C. 751. mit M. *Meſſala* Burgemeiſter geweſen, wie denn auch deſſen Name von CICERONE, DIONE CASSIO und in den Müntzen Meldung geſchiehet, auf welchen letztern die Worte, L. *Lentulus Flam. Mart.* vorkommen. PANCIROLLVS *in Theſaur. Var. Lect. lib. II.* c. 281. Das übrige iſt ſchon oben beigebracht worden.

§. 664. 665. Ob nun aber gleich *Auguſtus* alles dieſes ſehr klug geordnet hatte: ſo entſtunde doch nachhero eine noch viel gröſſere Unbequemlichkeit, daß nemlich die Teſtamente mehrentheils deſtituiret wurden. Denn weil der Erbe in alle Rechte des Verſtorbenen tritt: ſo iſt er auch verbunden, die Schulden zu bezahlen. Wer wolte aber nun ſo einfältig ſeyn, eine Erbſchaft anzutreten, wovon ihm doch bewuſt war, daß er dieſelbe wieder reſtituiren muſte, alſo, daß er auſſer den Schulden nichts behielte. Dahero geſchahe es, daß die meiſten ſich lieber der Erbſchaften entſchlagen, als mit Beibehaltung der Schulden-Laſt allen Nutzen einem andern überlaſſen wolten, L. 1. §. 2. *ad SC. Trebell.* Wenn nun dieſes geſchahe, ſo bekam weder der heres fiduciarius noch der heres fideicommiſſarius etwas, ſondern das gantze Teſtament fiel übern Hauffen, und es hieß, res redit ad cauſſam inteſtati. Weil nun aber dieſes den Wünſchen der Sterbenden, welchen doch die Geſätze ſo ſehr favoriſiren, entgegen war: ſo erfand der Römiſche Rath unter der Regierung des Keiſers *Neronis* ein ander Mittel, dieſer Sache entgegen zu treten, in welcher Abſicht A. V. C. 814. das Senatusconſultum Trebellianum verfertiget wurde. Eben damals waren L. *Annæus Seneca*, und *Trebellius Maximus* Burgemeiſter. Es werden zwar deren Namen in den *Faſtis Conſularibus* nicht gefunden, wovon unterſchiedene Urſachen angeführet werden. RADVLPHVS FORNERIVS *lib. II. Rer. Quotid.* c. 18. meinet, daß dieſes deswegen geſchehen, weil das Gedächtnis L. *Annæi Senecæ* wäre verdammt, und deſſen Name aus den *Faſtis* ausgekratzet worden. Allein es iſt dieſes falſch, und iſt vielmehr die wahre Urſache dieſe, weil gedachte beede Burgemeiſter nicht conſules ordinarii, ſondern ſuffecti geweſen ſind. LIPSIVS *in Vita Senecæ* c. 4. Wir müſſen nun aber ſehen, was in dieſem SCto enthalten geweſen. Es war nemlich geſetzet, daß wenn der Erbe die Erbſchaft ex fideicommiſſo reſtituirte, derſelbe nicht allein die Schulden bezahlen ſolte, ſondern auch der fideicommiſſarius, und zwar pro rata. Wenn alſo der Erbe die gan-

ganze Erbschaft herausgeben muste: so war der fideicommissarius auch gehalten, alle Schulden zu bezahlen. Restituirte er aber nur einen Theil derselben, so gingen auch alle obligationes pro ista parte auf den fideicommissarium. Z. E. Wenn der Erbe den vierten Theil der Erbschaft behalten: so zahlte er auch den vierten Theil der Schulden, wegen des übrigen muste der fideicommissarius belanget werden. Und so ist das *SCtum Tebellianum* zu verstehen, welches uns in L. 1. D. *de SCto Trebell.* und §. 4. *Inst. h. t.* beschrieben wird.

§. 666. 667. Allein damit war der Sache noch lange nicht abgeholfen. Denn obgleich der Erbe auf solche Art schadlos gehalten wurde wegen Auszahlung der Schulden: so weiß man ja wohl, daß die Menschen so geartet, daß sie ohne Hofnung eines scheinbaren Gewinstes nichts thun wollen. Und daher liessen die heredes fiduciarii die Erbschaften fahren, weil, ob sie gleich keinen Schaden zu besorgen hatten, sie doch auch keine Hofnung zum Gewinst hatten, wenn sie die ganze Erbschaft musten herausgeben. Daher war der Römische Rath unter der Regierung des Keisers *Vespasiani* auf ein anderes Mittel bedacht, diesem Uebel abzuhelfen. Das Jahr, wenn das *SCtum Pegasianum* gemachet worden, ist nicht bekannt, obgleich unsere Rechte uns die Namen der Burgemeister aufbehalten haben. Es waren die Burgemeister *Pusio* und *Pegasus*, der letzte einer der grösten Rechtsgelehrten der alten Zeiten, von welchen die Sekte der Pegasianer ihren Namen bekommen hat. Wenn diese Burgemeister regieret haben, das wissen wir nicht, und können es auch nicht aus den *Fastis Consularibus* ersehen: allein man muß sich dieses nicht irren lassen, weil sie keine Consules ordinarii, sondern suffecti gewesen sind, wie denn auch *Pegasus* Præfectus urbi gewesen. MENAGIVS *in Amœnitatibus iuris civilis* c. 17. GVILIELMVS GROTIVS *de Vitis Iureconsultorum lib. II.* c. 2. §. 9. Von dem Burgemeister *Pegaso* hat das SCtum den Namen empfangen. Es wird darin zweierlei gesetzet, 1) ut cogatur heres hereditatem adire, at restituere fideicommissario: 2) ut si totam hereditatem, vel maximam eius partem restituere iussus sit, quartam partem saltem habeat salvam, sique eam salvam non haberet, eam detrahere possit exemplo Falcidiæ §. 2. 6 *Instit. h. t.* Und so waren diese Senatusconsulta beschaffen. Allen beiden fehlete etwas an ihrer Vollkommenheit. Denn das *SCtum Trebellianum* hielte zwar den Erben schadlos, es gab ihm aber keinen Gewinst. Hingegen gab das *SCtum Pegasianum* den Erben einen Gewinst. es hielt ihn aber nicht schadlos. Daher denn zu diesen Zeiten vornemlich darauf zu sehen war, ob der Erbe die quartam in Sicherheit hätte, oder nicht. Hatte er dieselbe in Sicherheit; so restituirte er die Erbschaft aus dem *SCto Trebelliano:* hat er aber die quartam nicht in Sicherheit, so zog er dieselbe *ex SCto Pegasiano* ab, allein da war er auch

ſchuldig und gehalten, alle Schulden zubezahlen, wenn er nicht den fideicommiſſarium durch die ſtipulation verbunden hatte, daß er einen Theil der Schulden zu bezahlen über ſich nehmen ſolte, §. 6. *Inſt. h. t.* Es konte aber auf ſolche Art einer von beiden gar leichte hinter das Licht geführet werden, wenn einem unbekannt war, oder es war zweifelhaftig, wie viele Schulden bei dieſer Erbſchaft anzutreffen.

§. 668=671. Als nun der Keiſer *Iuſtinianus* dieſes alles wohl einſahe: ſo war er hierin auf eine Veränderung bedacht, und dahero hat er beide SCta, nemlich *Trebellianum* und *Pegaſianum* gleichſam in eins geſchmoltzen. Die Satzung welche deswegen gemacht worden iſt zwar nicht vorhanden, weil ſie mit dem *Codice* verloren gegangen: allein der Keiſer hat die Sache doch gantz kurtz in §. 7. *Inſt. h t.* beigebracht. Nemlich es hat der Keiſer gewolt, daß dieſe beiden SCta hinfüro für ein eintziges ſolten gehalten werden, und man ſolte es nicht *Pegaſianum*, ſondern *Trebellianum* nennen, welches vermuthlich der Keiſer deswegen gethan hat, weil er den Sabinianern mehr als den Proculejanern favoriſiret, deren Feind ehemals *Pegaſus* geweſen. Und daher kömmt es, 1) daß heut zu Tage in den Pandekten ſich kein Titel *de SCto Pegaſiano* findet, ſondern nur *de Trebelliano*: 2) daß die quarta, welche der Erbe abziehen muß, *Trebellianica* nicht *Pegaſiana* genennet wird, da ſie doch ehemals dieſen Namen geführet hat. In übrigen flieſſet aus dieſer Vermiſchung der beiden SCtorum, α) daß der fiduciarius heres die quartam kan abziehen, wenn er ſie nicht in Sicherheit hat, oder wenn er dieſelbe ex errore facti gezahlet, ſolche per condictionem wieder fordern kan, §. 7. *Inſt. h. t.* Wir haben geſaget, daß dieſe quarta nach den Exempel der *quarta Falcidia* ſey eingeführet worden, zwiſchen welchen aber ſich doch dieſer merckliche Unterſchied äuſſert. Erſtlich, daß die *quarta Falcidia* den legatariis und fideicommiſſariis ſingularibus, die *quarta Trebellianica* aber den fideicommiſſariis univerſalibus abgezogen wird. Zum zweiten wird in die *quartam Falcidiam* nichts gerechnet, als was der Erbe titulo inſtitutionis honorabili empfangen hat: in die *Trebellianicam* aber wird gerechnet, was von dem teſtatore quocumque titulo auf den Erben kömmt, wozu auch ſo gar die fructus percepti gerechnet werden, L. 22. §. 2. D. *ad SCtum Trebell.* Im übrigen wird dieſe *quarta Trebellianica* von dem herede fiduciario abgezogen, welches aber den fideicommiſſario, wenn ihm befohlen worden, die Erbſchaft einem andern zu reſtituiren, nicht erlaubet iſt. Wenn dahero *Titius*, welcher 20000. Thaler verlaſſen, dem erſten Erben anbefohlen, daß er dem andern Erben, und dieſer dem dritten die Erbſchaft reſtituiren ſoll, darauf der erſte Erbe 5000. Thaler abziehet, und 15000. reſtituiret: ſo kan der heres ſecundus nichts davon bekommen, L. 22. §. *ult.* L. 55. D. *ad SCtum Trebell.*

Es

Es entſtehet aber hierbei eine ſchöne Frage, ob nemlich, wenn der Sohn oder Enckel von dem Vater oder Groß-Vater mit einem fideicommiſſ beſchweret worden (welches in der legitima nicht geſchehen kan), derſelbe nichts deſtoweniger auſſer der legitima auch die *quartam Trebellianicam* abziehen können? Der caſus iſt dieſer: *Titius* hinterläßt einen einzigen Sohn, welchen er zum Erben ſeiner gantzen Verlaſſenſchaft ſetzet, welche aus 30000. Thalern beſtehet. Weil nun der Sohn in ſeiner legitima mit einem fideicommiſſ nicht kan beſchweret werden, ſondern dieſelbe ſine omni onere verlaſſen werden muß: ſo ziehet er erſtlich die portionem legitimam, nemlich 10000. Thaler, ab, und nun entſtehet die Frage, ob er von den übrigen 20000. Thaler noch die *quartam Trebellianicam* abziehen könne? Nach dem Iure Canonico wird dieſes in den beiden bekannten Capiteln *Raynutius & Raynaldus* c. 16. & 18. X. *de teſtament.* bejahet: allein nach dem iure civile läugnen dieſes viele, CUJACIUS *lib. VIII. Obſerv.* c. 3. OTTO *in Comment. ad Inſtit. h. t.* p. 343. Wir halten dafür, daß diejenigen, welche dieſes läugnen, dazu keinen hinlänglichen Grund haben. Denn in L. 5. *Cod. ad SCtum Trebell.* wird ja ausdrücklich geſaget: *antequam quarta Trebellianica detrahatur, deducendum eſſe æs alienum*, und in L. 81. §. 8. D. *de inoffic teſtam* wird die legitima *quarta debitæ portionis* genennet, welche alſo in Anſehen des Vaters gleichſam ein æs alienum iſt. Wie es in Teutſchland damit gehalten werde, ſolches hat HARPRECHT *in diſſert. de duabus quartis* am beſten gewieſen. Hernach ſind von dieſen Rechten noch einige nicht undeutliche Fußtapfen in L. 6. *princ. Cod. ad SCtum Trebell.* anzutreſen, alwo dem Sohne nicht nur die quarta Trebellianica, ſondern auch die Falcidia zugeſtanden wird, wodurch in gedachten Geſätz die portio legitima muß verſtanden werden, von welcher wir oben (§. 527.) geſaget haben, daß ſie *per Legem Falcidiam* ſey eingeführet worden. Ferner flieſſet aus der Vermiſchung der beiden SCtorum, β) ut obligationes inter fiduciarium & fideicommiſſarium pro rata dividantur, i. e. quantam partem retinet fiduciarius, tantam partem æris alieni exſolvere tenetur, & quanta pars pervenit ad fideicommiſſarium, tantam quoque partem æris alieni ſolvit, §. 7. *Inſt. h. t.* Es fallen aber dieſe Schlüſſe hinweg, a) ſi quis in re certa heres inſtitutus reliqua reſtituere iuſſus ſit. Denn in dieſer re certa wird einer als ein legatarius angeſehen: ein legatarius aber bezahlet keine Schulden, §. 9. *Inſt. h. t.* Ferner b) wenn der fiduciarius die Erbſchaft gezwungen angetreten hat, ſo ſcheinet er dieſer Wohlthat unwürdig zu ſeyn, welche ſonſt die Geſätze wegen der Treue die man dem Verſtorbenen leiſtet, zugeſtehet, §. 7. *Inſt. h. t.* Letzlich flieſſet aus der Vermiſchung der beiden SCtorum, γ) daß der Erbe kan gezwungen werden, ſowol die Erbſchaft anzutreten, als auch dieſelbe wieder herauszugeben. Denn da uns ſelbſt die Billigkeit dieſe Re-

gel einſchärfet: quod tibi non nocet, & alteri prodeſt, ad id es obligatus, wie vielmehr muß derjenige verbunden ſeyn, welchen nicht allein die Geſätze ſchadlos halten, ſondern denſelben auch einen Vortheil zugeſtehen, nemlich, daß er den vierten Theil der gantzen Erbſchaft abziehen kan, wenn er die Erbſchaft freiwillig antritt. Jedoch wir haben heut zu Tage dieſes Zwangs gar nicht mehr nöthig, nachdem der Keiſer *Iuſtinianus* in *Novella* 1. dem fideicommiſſario erlaubet hat, daß er ſelbſt die Erbſchaft antreten kan: in welchen Fall alsdenn der heres fiduciarius die quartam verlieret.

§. 672. Wir haben bishero geſehen, was die *quarta Trebellianica* ſey, und wenn ſie könne abgezogen werden: ietzo iſt noch übrig, daß wir unterſuchen, wenn dieſe detractio quartæ hinwegfalle? Es kan alſo dieſelbe nicht abgezogen werden 1) in teſtamento militis, quia eius voluntas qualiscunque per omnia eſt adimplenda, L. 7. *Cod. ad* L. *Falcid.* 2) Wenn der teſtator dieſen Abzug der quartæ ausdrücklich verboten hat, *Nov.* 1. c. 2. §. 2. Allein es hat dieſes der Keiſer *Iuſtinianus* contra mentem ipſaque legislatorum principia eingeführet, wie wir ſchon oben (§. 666.) angemercket haben. Denn es iſt ſowol die *quarta Falcidia*, als auch die *Trebellianica* in favorem heredis inſtituti, nicht aber in favorem teſtatoris erfunden und eingeführet worden: wie konte nun dem teſtatori ſalvo iure zugeſtanden werden, daß er ſich des Rechts, welches zum faveur eines andern eingeführet war, begeben konte? Gleichwol hat dieſes der Keiſer *Iuſtinianus* in der angeführten *Novella* ausdrücklich zugeſtanden. 3) Kan auch die quarta nicht abgezogen werden, ſi heres ex ignorantia iuris hereditatem univerſam reſtituerit, L. 9. *Cod. ad* L. *Falcid.* Denn obgleich ſonſt dasjenige, welches indebite gezahlet worden iſt, condictione indebiti kan wieder gefordert werden: ſo gehet doch ſolches nicht in demjenigen an, was einer ex errore iuris gezahlet hat, ſondern es findet nur ſtatt in errore facti, daß die condictio indebiti kan angeſtellet werden. Z. E. Es hat einer, welcher nicht gewuſt hat, daß ihm das beneficium *SCti Trebelliani* zu ſtatten komme, die gantze Erbſchaft wieder herausgegeben: ſo kan er dasjenige, welches er aus dieſem errore iuris gezahlt hat, per condictionem indebiti nicht wieder fordern. Hingegen, wenn einer die gantze Erbſchaft deswegen reſtituiret hat, weil er ſich eingebildet, als ob der teſtator ein Soldate geweſen, ſolches ſich aber falſch befindet: ſo kan er dasjenige, welches er ultra dodrantem gezahlet hat, wieder fordern. Die *quarta Trebellianica* kan auch nicht abgezogen werden, 4) wenn der Erbe kein inventarium verfertiget hat, weil man alsdenn nicht weiß, wie hoch ſich die Erbſchaft erſtrecket, welches man doch ſonſt aus dem inventario ſehen muß. 5) Kan auch die quarta nicht abgezogen werden, ſi quartam iam habeat ſalvam iudicio teſtatoris, von welchen Falle wir oben bei dem *Lege Falcidia* (§. 654.)

geredet haben. Letzlich fällt auch der Abzug der quartæ hinweg, 6) wenn der heres fiduciarius die Erbschaft gezwungen angetreten hat, §. 7. *Inst. h. t.* Weil auch von diesem Falle kurtz vorher ist gehandelt worden: so ist es unnöthig, ietzo desselben wieder Erwehnung zu thun.

Tit. XXIV.

De Singulis Rebus Per Fideicommissum Relictis.

§. 673. 674.

Wir haben bishero von den fideicommissis universalibus gehandelt, welche der Keiser *Iustinianus* gar schöne nennet, hereditates fideicommissarias: ietzo folgen die fideicommissa singularia, von welchen wir nunmehro in aller Kürtze reden wollen. Wir haben schon oben erinnert (§. 606.), daß der Keiser *Iustinianus* diese fideicommissa und legata in allen Dingen dergestalt einander gleich gemachet, daß nunmehro, was ihre Wirckung anbetrift, sich unter denselben kein Unterschied mehr findet. Was wir also vor Rechte schon bei den legatis angemercket haben, dieselben gelten auch bei den fideicommissis, und dahero heisset es, qui legare possunt, etiam fideicommittere illi possunt; quibuscunque legatur, iisdem & fideicommittitur: quæ legantur, eadem & fideicommisso relinquuntur. Und damit wir die Sache kurtz sagen: so sind die legata und fideicommissa einander so gleich gemachet, daß der gantze weitläuftige Titel *de legatis* hier müste wiederholet werden, wenn wir von den fideicommissis singularibus durch alle Fragen handeln wollen. Damit nun nicht eine Sache mit andern Worten möge erzehlet werden: so müssen sich meine lieben Zuhörer ietzo alles desjenigen erinnern, was unten von den legatis, und deren Natur uud Eigenschaft so ausführlich und umständlich ist gesaget worden. Wir wollen also hier nur die Abfälle betrachten, welche nach dieser Gleichmachung der legatorum und fideicommissorum singularium ist übrig geblieben. Wir haben die definition von den fideicommissis singularibus gegeben, da wir sagen, fideicommissa singularia sunt, quibus quævis res singulæ, titulo singulari, verbis precativis relinquuntur, *princ. Inst. h. t.* Wir wollen aber ietzo die Abweichungen der fideicommissorum singularium von den legatis betrachten.

§. 675 Ob wir nun aber gleich heut zu Tage unter den legatis und fideicommissis singularibus in effectu iuris keinen Unterschied mehr erkennen: so ist doch noch einiger Unterschied geblieben in verbis. Denn was verbis imperativis verlassen wird, das heisset legatum, was verbis precativis geschie-

het, das nennen wir fideicommiſſum, §. 2. *Inſt. h. t.* Ferner findet ſich der Unterſchied 2) in modo fideicommittendi. Die legata können ohne Gegenwart von fünf Zeugen nicht vermachet werden: aber in fideicommiſſis werden bisweilen gar keine Zeugen erfordert, wenn der teſtator den gegenwärtigen Erben bittet, daß er das fideicommiſſum leiſten ſoll, L. *ult. Cod. de fideicomm.* Wenn man fraget, wie kan das bewieſen werden, daß der teſtator fideicommittiret habe, wenn gar keine Zeugen dabei geweſen ſind? Es kan die Antwort hierauf aus dem angeführten L. *ult. Cod. de fideicomm.* genommen werden. Man kan nemlich den Erben es in ſein Gewiſſen ſchieben, ob ihm nicht der teſtator fideicommittiret habe. Wenn er dieſen Eid nicht leiſten will, ſo muß er das fideicommiſſum nothwendig herausgeben. Wolte man einwenden, daß er ja einen Meineid wohl begehen könte: ſo dienet zur Antwort, daß ſolches auf ſeinen Kopf beruhe, genug daß er mit der Zunge bezahlet. Denn wir haben kein ander Mittel die Wahrheit herauszubringen, als den Eid. Nun aber iſt ja der Eid, nach dem Ermeſſen des Apoſtels Pauli, ein Ende alles Haders.

Tit. XXV.

De Codicillis.

§. 676.

Von der Lehre von den letzten Willen iſt nichts mehr übrig, als der Titel D. *de Codicillis*, mit welchen der Keiſer *Iuſtinianus* alſo beſchlieſſet. Von denſelben aber wird deswegen zuletzt gehandelt, daß gleichwie die Erbſchaften allein durch Teſtamente, alſo auch die legata und fideicommiſſa per codicillos, tamquam quaſi teſtamenta, können verlaſſen werden. Wir haben alſo hier zu betrachten, 1) was das Wort codicillus bedeute? §. 677. 2) Wie die codicilli entſtanden? §. 678. 679. 3) Was und vielerlei dieſelben ſeyn? §. 680. 681. 4) Wie dieſelben gemachet werden? §. 682-684. 5) Was die clauſula codicillaris ſey? §. 685-687.

§. 677. 1.) Was das Wort codicillus bedeute, davon mercken wir erſtlich, daß CAIVS in L. 148. D. *de Verb. Signif.* erinnert, daß es allezeit in plurali numero gebrauchet werde: allein das Gegentheil findet ſich doch gleichwol in L. 19. D. *h. t.* L. 38 D. *de condit. & demonſtr.* L. 14. D. *Cod. de teſtament.* Was die Bedeutung betrift, ſo mercken wir hierbei, daß gleichwie SALLVSTIVS *in Fragm. Hiſtor.* erinnert, daß die Schiffe, welche aus ſtarcken Bretern zuſammengeſetzet worden, codicariæ genennet worden, welche Seneca cau-

caudicarias nennet: alſo waren die codicilli nichts anders als parvi caudices. CATO *de re ruſtica* c. 55. ſchreibet davon: *Ligna domino in tabulato condito, codicillos oleagineos facito.* Und c. 130. *Codicillos oleagineos a murca cruda perſpergito, & in ſole ponito, ita neque fumoſa erunt, & bene ardebunt.* Wiederum, wie codex eine Zuſammenfaſſung gewiſſer Tafeln, welche zum Schreiben bereitet waren: alſo waren auch die codicilli ἀναφορικῶς kleine hölzerne Tafeln, deren ſich die Römer, wenn ſie Wachs drüber gezogen hatten, zum Briefſchreiben bedieneten, CICERO *lib. IV. ad Fam. ep. 12. lib. VI. ep. 18. lib. XII. ad Attic. ep. 8.* FORNERIVS *lib. II. Select.* c. 9. FREHERVS *lib. II. Parerg.* c. 25. LIPSIVS *Inſtit. Epiſt.* c. 2. SALMASIVS *de modo uſurar.* c. 10. Und dahero ſind auch die codicilli principum nichts anders als reſcripta und Briefe der Keiſer, L. 41. D, *de excuſat.* L. 1. *Cod. ut omn. iud.* SVETONIVS *in Claudio* c. 29. Vornemlich aber wurde durch dieſes Wort ein Brief angezeiget, welcher nicht an abweſende, ſondern an gegenwärtige geſendet wurde, dergleichen Briefe man Billets zu nennen pfleget. Und dahero ſchreibet SENECA *Epiſt* 55. gar artig: *Video te mi Lucili, quum maxime audio, adeo tecum ſum, ut dubitem, an incipiam non epiſtolas, ſed codicillos, tibi ſcribere.* Und dahero werden auch die Codicilli epiſtolæ genennet in L. 89. *princ.* D. *de Legat.* II. L. 41. §. 2. D. *de Legat.* III. PETRVS MVLLER *ad* STRVVIVM *Exerc.* XXXIV. n. 68. will zwar einen Unterſchied machen inter codillos & epiſtolas fideicommiſſarias: allein daß man dieſes nicht nöthig habe, hat der Herr Geh. Rath Böhmer in diſſert. *de codicillis abſque teſtibus validis* c. 1. §. 7. & 8. gründlich dargethan.

§. 678. 679. II.) Von dem Urſprung der Codicillorum iſt hier eben dasjenige zu wiederholen, welches oben (§. 663.) von dem Urſprung der fideicommiſſorum gemeldet worden. Denn α) pflegten die teſtatores öfters an ihre Erben codicillos zu ſchreiben, worin ſie denſelben anbefohlen, daß ſie etwas thun, oder geben ſolten. Und dieſe codicilli waren eben wie die Briefe geſchrieben, ſo gar, daß in denſelben die in den Briefen gewöhnliche Aufſchrift und Gruß gefunden wird, z. E. L. *Titius* heredibus primis & ſubſtitutis ſalutem, L. 56. D. *de fideicommiſſ. libert.* L. 37. §. 2. L. 32. §. 3. D. *de Legatis III.* L. 30. §. 1. D. *de adim. vel transfer. legat.* β) Weil aber ein Brief niemanden eine Verbindung machte, dasjenige zu thun, warum man iemand gebeten hatte: alſo ſtunde es auch in der Erben ihren Belieben, ob ſie wolten den codicillis nachleben oder nicht. Welches bis auf die Zeiten des Keiſers *Auguſti* gedauert hat. γ) Zu den Zeiten *Auguſti* hat man dem Erben aufgeleget, dasjenige zu vollſtrecken, warum ſie waren gebeten worden. Es hatte ſich aber zugetragen, das L. *Lentulus*, welcher Proconſul in Africa geweſen war, ehe er aus Rom gegangen, ein Teſtament gemachet,

und

und *Auguſtum* und ſeine Tochter zu Erben eingeſetzet hatte. Nachdem er aber in Africa hatte ſterben wollen, hat er codicillos verfertiget, worin er die Erben gebeten, daß ſie etwas thun ſolten. Weil es aber zu dieſen Zeiten etwas unerhörtes war, dem Erben in einem Briefe oder in codicillis etwas zu befehlen, welches ihm eine Verbindlichkeit machen könte, dieſen letzten Willen des Verſtorbenen zu vollſtrecken; ſo ließ ſich doch *Auguſtus*, und ſelbſt *Lentuli* Tochter dieſe codicillos gefallen. Das Exempel des Keiſers wurde ſogleich von andern nachgeahmet, und dahero beruſte *Auguſtus* ſeine Rechtsgelehrten, unter welchen vornemlich C. *Trebatius Teſta* in groſſen Anſehen war, und fragte dieſelben, ob dieſes angehen könte, daß man die codicillos ſolte gelten laſſen? Als nun *Trebatius* ſolches vollkommen gut hieſſe: ſo richtete ſich auch der Keiſer *Auguſtus* nach deſſen Rath. Und als nachhero *Antiſtius Labeo* (qui tamen nihil, niſi quod iuſtum ſanctumque eſſet in Romanis antiquitatibus legiſſet, ratum penſumque habere ſolebat. GELLIVS *lib. XIII. Noct. Attic.* c. 12.) codicillos machte: ſo zweifelte hernach niemand mehr daran, daß die codicilli zu Recht beſtändig wären. Auf dieſe Art erzehlet die Sache der Keiſer *Iuſtinianus in princ. Inſt. h. t.* Siehe GVNDLINGII *diſſert. de C. Trebatio Teſta.*

§. 680. 681. III.) Wir gehen nun zu der definition und der Eintheilung der codicillorum. Wir definiren dieſelben alſo: codicilli ſunt minus ſolemnis teſtatorum inteſtatorumve voluntas, §. *ult. Inſt. h. t.* Dahero kommen die Teſtamente und codicilli zwar darin überein, daß beide ultimæ voluntates ſind, doch ſind ſie von einander in folgenden unterſchieden, α) daß ein teſtamentum ultima voluntas iuſta & ſolemnis, ein Codicill aber ultima voluntas minus ſolemnis iſt. β) Wo ein Teſtament gemachet wird, da können die heredes ab inteſtato keine Erbfolge haben, hingegen können codicilli gemacht werden, ſive quis teſtatus, ſive inteſtatus decedere velit. γ) Was in Teſtamenten das Haupt und der Grund iſt, nemlich die Einſetzung des Erben, das fällt in codicillis hinweg, weil in denſelben kein Erbe kan eingeſetzet, ſondern nur etwas kan vermachet, oder fideicommittirt werden. Daraus kan nun leichtlich die Frage beantwortet werden, wie vielerlei die codicilli ſeyn? Wir antworten darauf, etliche codicilli ſunt ſcripti, qui in litteras rediguntur, etliche nuncupativi, qui viva voce proferuntur. Denn obgleich die codicilli nichts anders als Epiſtolæ ſind (§. 677.), und es einen Wiederſpruch ähnlich ſcheinet, wenn man ſaget, Epiſtola ore prolata: ſo iſt doch wohl zu mercken, daß ſolches hier allerdings angehe, weil dieſe Eintheilung der codicillorum nach den Beiſpielen der Teſtamente eingeführet worden, von welchen wir oben (§. 391.) erinnert haben, daß ſie pflegen in ſcripta und nuncupativa eingetheilet zu werden. Hernach iſt die

andere

andere Eintheilung zu mercken, quod codicilli fiant vel teſtato, vel ab inteſtato, §. 1. *Inſt. h. t.* Jene werden gemachet, wenn das Teſtament ſchon iſt verfertiget worden: dieſe aber, wenn einer ohne Teſtament verſtirbet. Jene heiſſen, codicilli teſtamento confirmati, es mag das Teſtament vor den codicillis hergehen, oder denſelben nachfolgen. Es iſt auch nichts daran gelegen, ob im Teſtament derſelben Meldung gethan werde, oder nicht, §. 1. *Inſt. h. t.* welchen auch nicht L. 5. D. *h. t.* entgegen ſtehet. Denn Papinianus will darinne nur ſo viel anzeigen, daß ein Teſtament dem vorher verfertigten Codicill nicht wiederſprechen müſſe. Die codicilli, welche ab inteſtato ſind gemachet worden, beſtehen aus eigenen Kräften, L. 3. *princ.* §. 2. L. 8. *princ.* §. 1. D. *h. t.* Die codicilli teſtamento confirmati aber beſtehen und fallen mit dem Teſtament. Die Urſache dieſes Unterſchiedes beſtehet darin, weil die codicilli, welche ab inteſtato gemachet werden, gleichſam ein principale ſind, hingegen die codicilli a teſtato aber ein acceſſorium. Wenn nun das Teſtament übern Hauffen geworfen wird: ſo muß auch nothwendig das Codicill hinfallen, quia acceſſorium ſequitur ſuum principale. Die Alten haben daraus geſchloſſen, a) daß aus den codicillis teſtamento confirmatis eine actio perſonalis ex teſtamento könne angeſtellet werden: und b) daß auch die codicilli, wenn ſie von einem Gefangenen gemachet worden, und dieſer in der Gefangenſchaft geſtorben, zu Hauſe aber ein Teſtament hinterlaſſen hat, gelten müſſen, ob fictionem legis *Corneliæ*. vid. L. 12. §. 5. D. *de iure poſtlim.*

§. 682. 684. IV.) Was die iura codicillorum betrift; ſo flieſſen dieſelben alle aus der definition her. Wir ſchlieſſen aus der definition, 1) welche kein Teſtament machen können, die können auch keine codicillos verfertigen, L. 6. §. 3. L. 8. §. 2. D. *de iure codicill.* weil die codicilli nichts anders, als ein teſtamentum minus ſolemne ſeyn. 2) In codicillis kan keiner directe zum Erben eingeſetzet werden. Denn die Einſetzung zum Erben iſt etwas ſolennes, welche nicht ohne Solennitäten geſchehen kan. Woraus denn ferner erhellet, daß auch keine Enterbung, noch ſubſtitution in codicillis geſchehen kan, §. 2. *Inſt.* L. 6. *princ.* L. 10. D. L. 2. *Cod. h. t.* Was kan aber alsdenn in codicillis geſchehen, möchte iemand fragen? Wir antworten darauf: Es kan in codicillis etwas vermachet, fideicommittiret und mortis cauſſa verſchencket werden: ja es iſt auch erlaubet, in codicillis teſtamento confirmatis einen Vormund zu ſetzen. Wovon wir oben (§. 213. II.) geredet haben. Würde aber ein Vormund in codicillis ab inteſtato geſetzet, non quidem recte datus eſt, ſed tamen confirmari ſolet a magiſtratu, L. 3. *princ.* D. *de teſtam. tut.* L. 1. §. 2. D. *de confirm. tut.* 3) So können auch viele codicilli gemachet werden, wenn ſich nur dieſelben unter einander nicht wiederſprechen, §. 3. *Inſt. h. t.* In den teſtamentis iſt es hierin gantz anders,

quia nemo paganus cum duobus teſtamentis poteſt decedere (§. 491. IV.), & hinc poſterius ſemper rumpit prius. Aber weil in Codicillis nicht von unterſchiedenen Gütern diſponiret wird: ſo können auch viele Codicilli einen Ausgang gewinnen. Es kan auch geſchehen, daß der teſtator auſſer dem Codicill einen Nachzettul, Nebenzettul hinterläſſet, worin er dem Erben an dasjenige erinnert, was er im Codicill geſchrieben, und da iſt kein Zweifel, daß derſelbe ohne Solennitäten beſtehen könne. 4) Kan bei den Codicillis keine Solennität verlanget werden. Allein es möchte iemand einwenden, daß ja dazu 5 Zeugen erfordert würden, wie man alſo ſagen könte, daß keine Solennitäten erfordert würden; L. 20. §. 6. D. *Qui teſtam. fac. poſſ.* ſodann müſte ja ein Blinder der ein Codicill machte, dazu 6 Zeugen erfordern L. 8. *Cod. Qui teſtam. fac. poſſ.* Allein es iſt wohl zu mercken, daß dieſe Zeugen gar nicht ſolemnitatis gratia, ſondern blos probationis cauſſa dabei ſeyn; derohalben ſie auch nicht dazu ſolemniter erbeten ſeyn müſſen: wie es denn auch Frauens-Perſonen ſeyn können, wie wir dieſes gegen den Herrn REINOLD *in Var. Iur.* c. 8. erwieſen haben. Allein da auch VINNIVS die gegenſeitige Meinung behauptet: ſo thut man beſſer, wenn man keine Frauens-Perſonen zu Zeugen nimmt, damit hernach weder die Sachwalter, noch die Richter etwas zu krickeln haben. Es werden aber dieſe Zeugen allein in teſtamentis ſcriptis & nuncupativis, qui ab inteſtato fiunt, erfordert. Denn wenn von dem teſtatore etwas unter das Teſtamentum geſchrieben worden, oder es iſt ein codicillus teſtamentarius: ſo iſt nicht nöthig, daß dabei Zeugen ſollen gebraucht werden, ob es gleich ſicherer iſt, ſolche dazu zu ziehen. BOEHMER. diſſ. *de Codicillis abſque teſtibus validis.* Dieſes aber iſt noch hierbei wohl zu mercken, daß bei einem Teſtament die Erben keine Zeugen, wohl aber die legatarii ſolche abgeben können: dagegen man in Codicillis die Erben, und nicht die legatarios zuläſſet. Hier wird gefraget, was iſt die Urſache davon? Wir antworten, die Urſache iſt dieſe, weil im Teſtament die Sache zwiſchen dem teſtatore und dem Erben, in codicillis aber zwiſchen dem teſtatore und legatariis vorgehet. In beeden Fällen kan niemand einen Zeugen in ſeiner eigenen Sache abgeben. §. 10. *Inſtit. de teſtam. ordin.*

§. 685-687. III.) Hier iſt noch übrig die Frage zu erörtern, was die clauſula codicillaris ſey, und was dieſelbe vor eine Wirckung habe? Dieſe Clauſel pfleget den Teſtamenten beygefüget zu werden, dergeſtalt, daß durch ihre Kraft alle Fehler des Teſtaments verbeſſert werden, und beſtehet darin: Si teſtamentum non valebit tamquam teſtamentum, volo ut valeat iure codicillorum. Auf dieſe Weiſe wird ſolche Clauſel in L. 41. §. 3. D. *de vulg. & pupill. ſubſtit.* ausgedrücket, wozu die ſorgfältigen, oder vielmehr unverſtändigen Notarii zu ſetzen pflegen, valeat ceu legatum, fideicommiſſum,

dona-

donatio mortis cauſſa, vel quocunque meliori modo valere poterit. Es iſt aber dieſer Zuſatz theils vergeblich, theils auch gantz unnütze. Im übrigen wird dieſer Clauſel eine ſolche groſſe Wirckung beigeleget, daß die Practici dieſelbe herbam betonicam nennen, welche alle Kranckheiten des Teſtaments heilen ſoll. Allein wir haben gewieſen, daß dieſelbe a) den Mangel der innerlichen Solennitäten bei Teſtamenten nicht gut mache, z. E. wenn die Kinder übergangen worden. So heilet dieſelbe auch nicht b) den defectum voluntatis. Denn wenn der teſtator iſt gezwungen worden, ein Teſtament zu machen, oder der teſtator iſt nicht bei Sinnen geweſen: ſo mag dieſe Clauſel immer dabei ſtehen, ſie wird gewiß nichts wircken oder nutzen. So hebet dieſelbe auch nicht c) den defectum aditæ hereditatis. Denn wenn die Erbſchaft repudiirt wird, ſo wird auch das Teſtament deſtituiret, und fället gantz und gar übern Hauffen, wenn es gleich mit tauſend ſolchen Clauſeln ſolte verſehen ſeyn. Was hat aber denn die Clauſula codicillaris vor einen Gebrauch und Nutzen? Wir antworten darauf, daß wenn 5 Zeugen dabei geweſen ſind, das Teſtament als ein Fideicommiſſ angeſehen werden müſſe, eben ſo, als ob die heredes ab inteſtato wären eingeſetzet und gebeten worden, demjenigen die Erbſchaft wieder heraus zu geben, welcher in dem unvollkommenen Teſtament zum Erben eingeſetzet worden. Und in dieſem Falle wird den heredibus ab inteſtato erlaubet, die quartam Trebellianicam abzuziehen. L. 29. §. 1. D. *Qui teſtam. fac. poſſ.* Alle übrige Wirckungen, welche die Clauſula codicillaris haben ſoll, und von welcher GAILIVS, STRYK und BANDE ſo vieles Aufheben machen, ſind nichts als eitele Grillen einiger Rechtsgelehrten, welche doch nicht im geringſten beſtehen können.

Liber III. Tit. I-XIII.

De Hereditatibus, quæ ab Inteſtato deferuntur &c.

§. 688-740.

Nach der Weiſe, welche auf den Univerſitäten angenommen iſt, pflegen die Rechtslehrer die in dieſem Buche zuerſt ſtehende dreizehen Titel zu übergehen, weil ſie nur einzig und allein die alten Rechte begreifen, und der Keiſer *Iuſtinianus*, nachdem die *Inſtitutiones* verfertiget geweſen, die *Novellam CXVIII.* gemachet, worin er die gantze ſucceſſionem ab inteſtato geändert, und in eine gantz neue Form gegoſſen hat. Damit wir doch aber in der alten Succeßions-Ordnung nicht unwiſſend bleiben: ſo wollen wir dieſelbe in gewiſſe Regeln begreifen, wovon die erſte, welche als ein Grund

der übrigen angeſehen werden muß, dieſe iſt. 1) Veteres in ſucceſſione reſpiciebant ad ſtatum familiæ. Wer alſo nicht von der Familie war, der konte auch an dem Erbe keinen Theil nehmen, wie dieſes der Herr van BYNKERSHOEK nach ſeiner Weiſe gar gelehrt ausführet *in Obſerv. Iur. Rom. lib. II.* c. 1. Daraus floß eine neue Regel: 2) Soli liberi ſui, non etiam emancipati admittendi ad hereditatem. Denn es ſind dieſelben kein pars familiæ mehr, und daher können ſie nach unſerer erſten Regel keinen Theil an den Erbe nehmen. 3) Liberis ſuis non extantibus proximi ad ſucceſſionem erant agnati, & quidem e pluribus propiores, denn da dieſe agnati e patris latere coniuncti ſind (§. 220): ſo ſind dieſelben auch von der Familie. Dieſes aber findet nicht ſtatt bei den cognatis, von welchen folgende Regel wird zu mercken ſeyn: 4) Cognati iure civili non ſuccedunt, ſed tamen vocantur a Prætore cum agnatis, edicto de cognatis. Denn der Prætor gab die bonorum poſſeſſionem öfters denjenigen, welchen die bürgerlichen Geſätze nicht zu der Erbſchaft lieſſen (§. 65). 5) Idem Prætor nullis extantibus liberis vel cognatis, vel agnatis poſſeſſionem dabat viro & uxori ex edicto, unde vir & uxor. Aber dieſes iſt zu verſtehen von der Frau, welche in manum mariti gekommen per confarreationem, coëmtionem vel uſum. Wenn die Weiber auf die drei Arten in manum mariti gekommen waren, ſo wurden ſie als filiæ familias angeſehen, und bekommen auch in Betrachtung dieſes die Erbſchaft (§. 116.). Wir ſetzen noch die letzte Regel hinzu: 6) liberto ſine liberis moriente hereditas perveniebat ad patronum, vel deficiente eo ad patroni liberos. Denn da der patronus als ein agnatus, ja als ein Vater des Freigelaſſenen betrachtet wurde (§. 111): ſo muſte er nothwendig auch der nächſte zu deſſen Erbſchaft ſeyn. Dieſes war das alte Recht, nachgehends aber hat der Keiſer *Iuſtinianus* alles geändert, und eine neue Succeßions-Ordnung eingeführet, welche noch heut zu Tage im Gebrauch iſt: daher wir an dieſem Orte davon umſtändlich handeln wollen.

De Succeſſione ab inteſtato ſecundum Nov. CXVIII.

§. 741-743.

Vor allen Dingen iſt hier zu unterſuchen, was der Keiſer *Iuſtinianus* in dieſer Lehre von der ſucceſſione ab inteſtato vor einen Grund geſetzet hat. Wir ſagen dieſes gantz kürtzlich, daß der Keiſer eben das principium habe, von welchen GROTIVS *de iure bell. & pac. lib.* II. c. VII. §. 3. anmercket, daß ſich daſſelbe auch andere Völcker hätten gefallen laſſen: nemlich, eum merito ad ſucceſſionem eſſe proximum, quem defunctus quam maxime amaſſe

amaſſe videatur. Denn ob es gleich bisweilen geſchiehet, ut quis etiam de ſanguine ſuo iniquum iudicium ferat, L. 4. D. *de inoffic. teſtam* ſo pflegen doch die Geſätze dieſe Sachen nach demienigen einzurichten, welches öfters und leichter als ſelten, und nicht ſo leichte geſchehen, L. 5. D. *de legib.* Ehe die *Novella CXVIII.* zum Vorſchein kam, hatte man einen andern Grund der Succeßion, nemlich die Erhaltung der Familien, weswegen diejenigen nicht zur Erbfolge gelaſſen wurden, welche nicht von einer Familie waren. Alſo wurden die emancipati und alle cognati davon ausgeſchloſſen, auſſer, daß ihnen der Prætor konte bonorum poſſeſſionem geben. Daß man auf die Erhaltung der Familien geſehen, ſolches erſiehet man aus den LL. XII. *Tabb.* alwo es hieſſe: *Aſt ſi inteſtato moritur, cui ſuus heres nec eſcit, agnatus proximus familiam habeto.* L. 9. §. 2. D. *de liber & poſtum.* L. 195. D. *de Verb. ſignif.* VLPIANVS *in Fragm. Tit. XXVI.* §. 1. In ſolcher Abſicht ſchreibet auch QVINCTILIANVS *Declam.* 308. *Proximum locum a teſtamentis habent propinqui: & ita ſi inteſtatus quis ac ſine liberis deceſſerit. Non quoniam utique iuſtum ſit, ad hos pervenire bona defunctorum, ſed quoniam relicta, & veluti medio poſita nulli propius videntur contingere.* Was nun aber das principium des Keiſers Iuſtiniani betrift, ſo iſt zu mercken, daß ſchon ARISTOTELES *Ethic. ad Nicom. lib. VIII.* c. 12. geſaget hat: *Magis adſici cauſſam gignentem, erga genitum, quam genitum erga gignentem, nam quod ex aliquo ortum eſt, id ei quaſi proprium eſſe*: poſt hoc autem magnum momentum ineſſe *idem ſanguini & radici.* Dieſes heiſſet ſo viel, amor deſcendit, & ſi non habeat, quo deſcendat, tunc adſcendit, ſi quæ non habeat, quo adſcendat, tunc ad latus divergit. PAPINIANVS in L. 7. §. 1. D. *ſi tab. teſtam null. ext.* ſaget davon gar ſchöne: *Non ſic parentibus liberorum, ut liberis parentium, debetur hereditas. Parentes ad bona liberorum ratio miſerationis admittit: liberos naturæ ſimul & parentium commune votum.* Eben dieſe Erbfolgs-Ordnung iſt den Ebräern NVM. XXVII, 8. 9. alſo vorgeſchrieben worden, welche PHILO IVDÆVS *de vita Moſis lib. III.* alſo erkläret: *Quum lex naturæ ſit, ut liberi parentibus, non parentes liberis in bona ſuccedant, Moſes id, quod contra vota parentum maliquc omnis erat, texit ſilentio.* Es lehret es ja auch die Erfahrung, daß die Kinder den Eltern das allerliebſte ſeyn, was ſie haben, nach den Kindern ſind das Liebſte die Eltern, und nach den Eltern die Anverwandten. Ja die natürliche Liebe der Eltern gegen ihre Kinder übertrift die natürliche Liebe der Kinder gegen ihre Eltern dergeſtalt, daß man in gemeinen Sprüchwort zu ſagen pfleget, ein Vater kan eher zehen Kinder ernähren, als zehen Kinder einen Vater, da nun dieſes principium einmal Platz ergriffen hat: ſo hat der Keiſer *Iuſtinianus* drei Ordnungen der Erbfolge gemachet, welche darin beſtehen. 1) Müſſen erſtlich die deſcendentes folgen, wenn dieſe nicht

da ſind, 2) folgen die adſcendentes, und in Ermangelung dieſer 3) die collaterales. Wenn auch dieſe nicht vorhanden ſind: ſo hat der Keiſer *Juſtinianus* die Eheleute zugelaſſen, und in deren Ermangelung alsdenn den fiſcum. Dahero fällt der Unterſchied inter ſuos & mancipatos, agnatos & cognatos gäntzlich hinweg, *Nov. CXVIII.* c. 1 & 4. Es iſt alſo heut zu Tage in Anſehung der Erbfolge inter ſuos & emancipatos kein Unterſchied. Jedoch ſind die darin von einander unterſchieden, daß die ſui auch ipſo iure Erben ſind, die emancipati aber die Erbſchaft antreten müſſen.

I. De Succeſſione Deſcendentium.

§. 744.

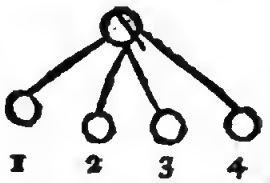
Wir haben geſaget, daß vor allen Dingen die deſcendentes zur Erbſchaft zugelaſſen werden. Wir verſtehen hier durch die deſcendentes alle diejenigen, qui vel natura liberi noſtri, vel poſteri ſunt, vel per leges civiles tales habentur. Dahero wird hier zu handeln ſeyn von der Erbfolge 1) der legitimorum, 2) legitimatorum, 3) adoptivorum, und 4) illegitimorum.

§. 745. Von den ehelich gebornen Kindern iſt folgende Regel zu mercken, daß dieſelben den Eltern ohne Unterſchied ſuccediren. Es iſt dahero hier kein Unterſchied unter den Graden, weil unter den Enckeln und Urenckeln alle ſuccediren müſſen, modo non habeant parentem, qui propior ſit. Es wird auch hier auf keinen Unterſchied des Geſchlechtes geſehen. Denn obgleich ehemals die Frauens-Perſonen nach Maßgebung des *Legis Voconiæ* von der Erbſchaft ausgeſchloſſen wurden, wie uns PERIZONIVS in diſſert. *de Lege Voconia* gewieſen hat: ſo iſt doch dieſes Geſätz nach den Zeiten des Keiſers *Auguſti* wegen des Römiſchen Reichthums auſſer Beobachtung gekommen, wovon GELLIVS *lib. XX. Noct. Attic.* c 1. handelt. Ferner iſt auch kein Unterſchied inter liberos ſuos & emancipatos: Denn weil nicht mehr bei dieſer Succeßions-Ordnung auf den ſtatum familiæ geſehen wird; ſo iſt es einerlei, ob die Kinder ſui oder emancipati ſind, weil der Keiſer *Juſtinianus* die natürliche Liebe, die er hier zum Grunde geſetzet hat, nicht von der ſuitate, ſondern von dem origine ſanguinis abhänget. Endlich iſt auch kein Unterſchied mehr unter der väterlichen und mütterlichen Erbfolge. Zwar ehemals konten die Kinder ihren Müttern nicht im Erbe folgen, auſſer, daß das *SCtum Orphitianum* dieſelben endlich zulieſſe: wie denn auch die Mütter ihren Kindern nicht im Erbe folgeten, bis endlich das *SCtum Tertullianum* die Mütter, welche das ius trium liberorum hatten, zur Erbfolge gelaſſen (§. 696.). Weil aber der Keiſer *Juſtinianus* auf die natürliche Liebe geſehen hat, und dieſelbe bei den Müttern nicht geringer als bei den Vätern, ja wohl

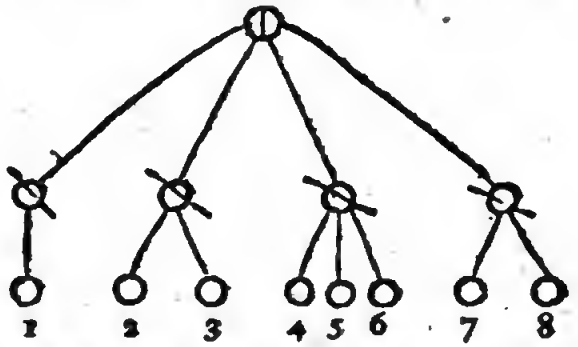
noch

noch gröſſer als dieſer ihre iſt: ſo hat er auch gewolt, daß die deſcendentes der Mutter ſowol, als dem Vater im Erbe folgen ſollen.

§. 746. Ob nun aber gleich, wie wir gemeldet haben, alle deſcendentes, qui non habent parentem propiorem, zur Erbſchaft zugelaſſen werden: ſo bekommen dieſelben doch nicht allezeit einerlei Theil. Und dahero müſſen hier drei Fälle von einander wohl unterſchieden werden: 1) Si liberi primi gradus ſoli extent, ſuccedunt in capita omnes, das heiſſet, es werden ſo viel portiones gemachet, als Kinder ſind.

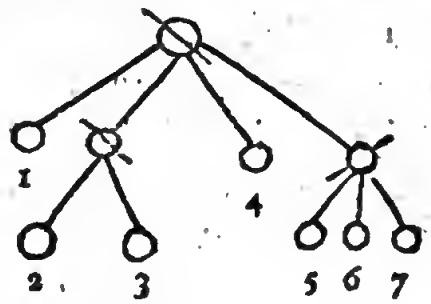


Wenn nach dieſer Figur der Vater oder die Mutter 40000. Thaler verlaſſen hätten: ſo würde ein iedes von den Kindern, deren viere ſind, auf ſeine Portion 10000. Thaler bekommen, weil ſie alle liberi primi gradus ſind, welche in capita ſuccediren müſſen. 2) Wenn allein liberi ulteriorum gradum vorhanden ſind: ſo ſuccediren dieſelben in ſtirpes, das heißt, es werden nicht ſo viel portiones gemachet, als capita ſind, ſondern nur ſo viel, als ſtirpes vorhanden, wovon ein ieder ſtirps ſeine Portion wieder gleich theilet.



Wenn alſo nach dieſer Figur primus aus der Erbſchaft, die ſich auf 40000. Thaler erſtrecket, 10000. Thaler erhält: ſo bekommen ſecundus und tertius auch 10000. Thaler, quartus, quintus und ſextus eben ſo viel, und ſeptimus und octavus erhalten gleichfals 10000. Thaler. Denn weil hier vier Stämme ſeyn: ſo werden auch ſo viele portiones gemachet. 3) Wenn liberi primi & ulteriorum graduum verhanden ſind: ſo ſuccediren die erſten in capita, die andern aber in ſtirpes.

Wenn

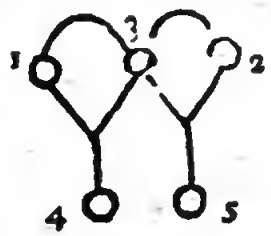


Wenn alſo nach dieſer dritten Figur primus 10000. Thaler bekömmt, ſo bekommen ſecundus und tertius 10000. Thaler zuſammen: quartus bekömmt allein 10000. Thaler, und quintus, ſextus und ſeptimus müſſen mit eben ſo viel vorlieb nehmen. Welche in ſtirpes ſuccediren, die ſuccediren iure repræſentationis, wie es die Rechtsgelehrten nennen: welches ohne Ende ſtatt hat, und da der nächſte den entfernteſten nicht ausſchlieſſet. Dieſe liberi ulteriorum graduum ſuccediren alſo in ſtirpes, wenn gleich liberi primi gradus vorhanden ſind, oder auch keine mit ihnen concurriren, L. 11. *Cod. Fam. Herciſc. Nov. CXVIII.* c. 1. 3 4. Denn obgleich die liberi primi gradus näher ſind: ſo wolte doch die natürliche Billigkeit haben, daß die Enckel an die Stelle ihrer Eltern treten und denjenigen Theil bekommen ſolten, welchen ihr Vater, wenn er noch am Leben wäre, erhalten würde, §. 15. *Inſt. de hered. quæ ab inteſt.* L. 1. §. 4. D. *de ſuis & legit. hered.* VLPIANVS *in Fragm. Tit. XXV.* §. 2. Und dieſes war dem Sinn der LL. XII. *Tabb.* nicht allein gemäß, L. 2. L. 3. *Cod. de ſuis & legit. hered.* ſondern es haben ſich dieſes auch andere Völcker gefallen laſſen, wegen der ſchönen Urſache, welche CALLISTRATVS in L. 220. §. 2. D. *de Verb. Signif.* angiebet, nemlich: *Divus quoque Marcus reſcripſit, non videri ſine liberis defunctum, qui nepotem ſuum heredem reliquit.* Bei den Ebräern war es ein bekanntes Sprüchwort: *Filiorum filii velut ipſi habentur filii*, wie dieſes GROTIVS *lib. II. de iure bell. & pac.* c. VII. §. 6. PETRVS FABER *in Semeſtr. lib. III.* c. 24. und SELDENVS *de Succeſſ. in bona defunct.* c. 1. gezeiget haben. Weil aber dieſe Art der Succeßion ſich auf eine Fiction gründet, daß die Enckel ihren Vätern folgen ſolten: ſo iſt dieſes nachhero in Teutſchland erſt durch einige Geſätze verordnet worden, wovon weiter unten ſoll gehandelt werden.

§. 747. Auf dieſe Art verhält ſich die Erbfolge der Kinder, wenn dieſelben alle mit einander aus einer Ehe entſproſſen ſeyn, dahero wir ſehen müſſen, wie es im Gegentheil beſchaffen, wenn Kinder vorhanden ſind, die aus unterſchiedenen Ehen erzeuget worden. Darauf dienet zur Antwort,

daß

daß ein iedes Kind ſeinen Eltern im Erbe folge, communis parentis vero hereditatem inter ſe dividunt æqualiter, wie ſolches folgende Figur erläutert.



Tertius iſt der Vater, welcher aus der erſten Ehe quartum erzeuget hat, aus der andern aber quintum. Da ſuccediret quartus ſeiner Mutter allein, und quintus ebenfals allein ſeiner Mutter. Tertius iſt pater communis, deſſen Erbſchaft beede Kinder gleich unter einander theilen.

§. 748. Dieſes betraf die liberos legitimos, iezo wollen wir ſehen, was es mit den legitimatis für eine Beſchaffenheit habe. Heut zu Tage werden die auſſer der Ehe erzeugten Kinder entweder per ſubſequens matrimonium oder per reſcriptum principis legitimiret. Von den erſten iſt folgende Regel zu mercken: quod legitimati per ſubſequens matrimonium eodem iure ſuccedant parentibus ſuis, ac legitime nati. Was aber die legitimatos per reſcriptum principis betrift: ſo muß man einen Unterſchied machen, ob dieſelben zu dem Ende ſind legitimiret worden, daß ſie ſollen die Erbfolge haben, oder nicht? In dem lezten Falle bekommen ſie gar nichts von der väterlichen Erbſchaft: im erſten Fall aber werden ſie zugelaſſen, wenn ſie alleine da ſind; hingegen ſind andere liberi legitimi vorhanden, ſo muß denſelben die portio legitima ſalva ſeyn. Wenn wir aber die Wahrheit bekennen ſollen: ſo haben wir keinen Text, worauf ſich dieſes Recht gründet, gleichwol zeiget GAILIVS *lib. II. obſ.* 142. daß dieſes die communis praxis ſey.

§. 749. Den liberis legitimatis ſind die nächſten die liberi adoptivi. Weil dieſelben während der väterlichen Gewalt eben ſo viel Recht haben, als die naturales: ſo haben ſie auch eben ſo viel Recht zu ſuccediren, iedoch kommen hier zwei beſondere Dinge vor, welche müſſen gemercket werden: 1) quod adoptivi quidem ſuccedant patri eiusque propinquis, non autem matri, vel potius uxori patris adoptivi, eiusque propinquis. Die Urſache iſt dieſe, weil die adoption keine cognation giebet, ſondern nur das ius agnationis (§. 182. I.), L. 23. D. *de adopt.* 2) Quod ſecundum ius feudale ne agnatis quidem adoptivi ſuccedant, II. *Feud.* 26. denn da die Lehen nur auf diejenigen fallen, quos lex vel dominus directus vocat per primum pactum feudale in litteris inveſtituræ expreſſum: ſo beruhet es nicht auf des Lehen-

manns Wohlgefallen, ſich an ſtatt ſeiner leiblichen Kinder andere zu adoptiren.

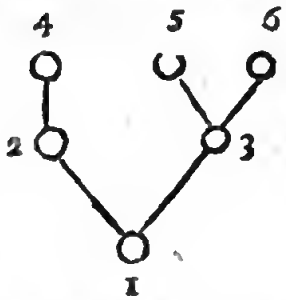
§. 750. Unter den deſcendentibus ſind noch die liberi illegitimi vorhanden, welche, da ſie nach den Römiſchen Rechten keinen Vater hatten, nur allein der Mutter folgeten, L. 2. D. *unde cognati*, §. 3. *Inſt de SCto Orphit.* Dieſes iſt die Regel, welche aber doch ihre gewaltigen Abfälle wieder leidet. Denn 1) können die liberi illegitimi weder dem Vater noch der Mutter im Erbe folgen, wenn ſie aus Blutſchande, oder aus verbotenen Beiſchlaf erzeuget worden. Denn nach der *Nov.* 89. §. 4. und *Authent.* ex complexu, *Cod. de inceſt. nupt.* ſollen dergleichen Kinder nicht einmal die alimenta civilia & parentum conditioni attemperata bekommen, denn in dem Griechiſchen Text der Novellen kömmt das Wort τρέφομαι vor, welches nicht allein ſo viel bedeutet, als nutriri, ſondern auch laute vivere, wie aus der Epiſtel Jacobi c. V, 5. erhellet. 2) Die ſpurii oder vulgo quæſiti können gar nichts erben, auch nicht einmal von der Mutter, wenn dieſelbe femina illuſtris iſt, v. gr. uxor ſenatoris. Und dahin gehöret L. 5. *Cod. ad SCtum Orphit.* worin der Keiſer wunderlich Zeug machet, da er ſaget: *Si qua illuſtris mulier filium ex iuſtis nuptiis procreaverit, & alterum ſpurium habuerit, cui pater incertus ſit: quemadmodum res maternæ ad eos perveniant, ſive tantummodo, ad liberos iuſtos, ſive etiam ad ſpurios, dubitabatur. Sancimus itaque, ut neque ex teſtamento, neque ab inteſtato, neque ex liberalitate inter vivos habita, iuſtis liberis exiſtentibus, aliquid penitus ab illuſtribus matribus ad ſpurios perveniat: cum in mulieribus ingenuis & illuſtribus (quibus caſtitatis obſervatio præcipuum debitum eſt) nominari ſpurios ſatis iniurioſum, ſatisque acerbum, & noſtris temporibus indignum eſſe iudicemus. Et hanc legem ipſi pudicitiæ, quam ſemper colendam cenſemus, merito dedicamus. Sin autem concubina liberæ conditionis conſtituta, filii vel filiam ex licita conſuetudine ab homine libero habita procreaverit: eos etiam cum legitimis liberis ad materna venire bona, quæ iure legitimo in ſuo patrimonio poſſidet, nulla dubitatio eſt.* Es heiſſet aber dieſes nichts, und iſt der prudentiæ legislatoriæ gar nicht gemäß. Denn es iſt dieſes eine invitatio ad peccandum, nec pudicitiæ ac caſtitatis privilegio digna cenſetur perſona, quæ illuſtres natales turpiſſima ſtupri licentia contaminavit. 3) Bisweilen folget dem Vater der filius illegitimus, α) ſi ſit ex honeſta femina ſeu concubina natus, non vulgo quæſitus, qui ſine patre eſſe intelligitur; β) ſi non adſunt liberi legitimi, a quibus excludantur. Denn alsdenn bekommen ſie nach der *Nov.* 89. Sextantem, d. i. zwo uncias, welche ſie mit der Mutter theilen müſſen, oder wenn dieſe nicht vorhanden iſt, bekommen ſie ſolchen Antheil alleine.

II. De

II. De Succeſſione Adſcendentium.

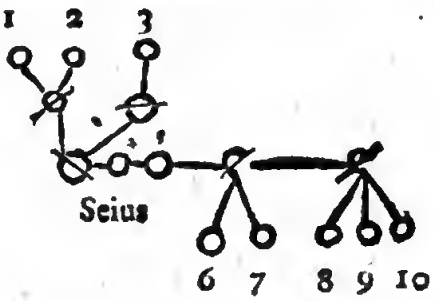
§. 751. 752.

Wir haben geſaget, non extantibus poſteris, amorem non habere, quo deſcendat, adeoque adſcendere. Daraus flieſſet alſo, daß die ordentliche Erbfolge reciproca ſey, und welche Kinder den Eltern im Erbe folgen, ſolchen Kindern folgen wieder die Eltern im Erbe. Weil aber das ius repræſentationis unter den adſcendentibus keine ſtatt finden kan: ſo ſind davon folgende Regeln zu mercken. 1) Inter adſcendentes propiores indiſtincte excludunt remotiores, hereditatemque, ſi eiusdem lineæ ſint, dividunt in capita. Folgende Figur kan uns davon ein Exempel an die Hand geben.



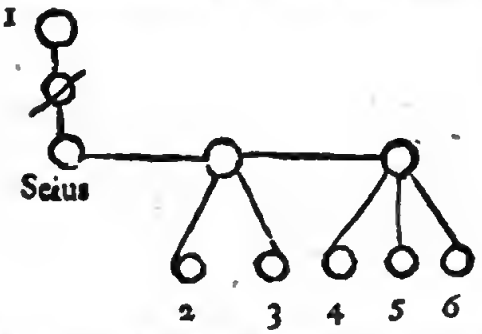
Wenn ſecundus verſtirbet: ſo gehöret primi gantze Erbſchaft matri tertiæ, obgleich quartus, quintus und ſexta als Groß-Väter und Groß-Mutter noch am Leben ſind. In eben dieſer Figur, wenn primus verſtirbet, und ſecundus noch am Leben iſt: ſo theilet derſelbe cum tertia die Erbſchaft zu gleichen Theilen.

§. 753. 754. Hier kömmt eine neue Regel vor: 2) ſi ſoli ſuperſunt adſcendentes, ſoli etiam ſunt heredes, ſi autem defunctus ſimul habuit fratres, vel ſorores germanos vel germanas, eorumque liberos, hi ſimul admittuntur, & ita quidem, ut parentes ſuccedant in lineas, & ſorores in capita, fratrum ſororumque liberi in ſtirpes. Folgende Figur kan die Sache in ein Licht ſetzen.



Seius iſt geſtorben, zu deſſen Erbſchaft werden zugelaſſen primus, ſecunda, tertia, quartus, quintus, ſextus, ſeptimus, octavus, nonus, decimus. Aber es werden alsdenn nicht mehr als ſechs Theile gemacht. Denn einen Sechstheil bekömmt primus und ſecundus, der andere gehöret tertio, der dritte quarto, der vierte quinto, der fünfte ſexto und ſeptimo, und der letzte octavo, nono und decimo. Dieſe eintzige Regel, und dieſe eintzige Figur begreifet alle Fälle, welche bei der Erbfolge der adſcendentium vorfallen, wenn nur die dritte Regel aus dem folgenden Spho zu Hülffe genommen wird.

§. 755. Dieſe Regel iſt folgende: 3) Germanorum liberi admittuntur iure repræſentationis, ſi concurrant cum fratribus & ſororibus germanis. Denn wenn ſie nur allein da ſind, ſo werden ſie von den adſcendentibus ausgeſchloſſen. Folgende Figur kan zur Erläuterung der Sache dienen.



Seii Erbſchaft bekömmt hier der Groß Vater primus allein, ſecundus und alle die übrigen, welche Enckel ſind von den Brüdern, die werden ausgeſchloſſen. So verhielte ſich die ſucceſſio adſcendentium, von welcher noch zu beobachten iſt, daß dieſe hereditas luctuoſa heiſſet, da man ſonſt von den andern Erben ſaget, lachende Erben, ſo ſind hingegen hier die Erben betrübet. QVINCTILIANVS *Declam.* 344. nennet ſolche *infelices quidem, qui liberos ſuos ad rogum deſlent.* Und TACITVS *lib. XVI. Annal.* c. 11. ſaget dahero: *ſervavit ordinem fortuna, ac ſenior prius, tum cui prima ætas exſtinguuntur.* Dahero lieſet man auf den alten Steinen bei GRVTERO p. 436. n. 1. *filio ordine retrogrado defuncto*, und bei REINESIO *Claſſ. V.* n. 35. GRVTERO *lib. IV. ſuſpic.* c. 1. *Inverſo mortalitatis ordine.*

§. 756. 757. Es kan hier noch eine Frage aufgeworfen werden, an & liberis legitimatis, adoptivis, illegitimis parentes ſuccedant? Auf dieſe Frage iſt die Antwort gar leichte, wenn nur hierbei gemercket wird, was wir im Anfang dieſer Abtheilung erinnert haben, ſucceſſionem inter adſcendentes & deſcendentes ordinarie eſſe reciprocam. Weil dahero 1) die legitimati per ſubſequens matrimonium ihren Eltern ſowol ſuccediren, als die liberi legitimi:

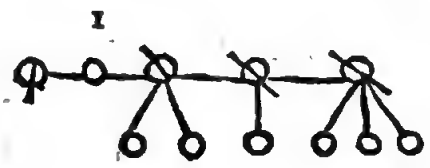
mi: ſo müſſen ihnen auch die Eltern im Erbe nothwendig folgen. 2) Die Adrogati und Adoptivi ſuccediren nur den Vätern in deren Gewalt ſie ſtehen, nicht aber ihren Weibern: weswegen denn auch nur allein der Vater den adoptivis ſuccediret, nicht aber deſſen Frau, welche per adoptionem nicht Mutter werden kan. 3) Weil die liberi illegitimi der Mutter allein im Erbe folgen: ſo iſt dieſelbe gleichfals wieder Erbin ihrer unächten Kinder. Und aus eben der Urſache kan eine mater illuſtris nicht Erbin ihres Huren Kindes ſeyn, weil daſſelbe aus ihrer Erbſchaft nichts bekommen kan L. 5. *Cod. de SC Orphit.* Damit wir die Sache gantz kurtz vorſtellen mögen: ſo iſt die ſucceſſio allezeit reciproca, auſſer in einem eintzigen Falle, wenn die adoptio minus plena iſt, d. i. wenn ein extraneus einen Sohn, oder eine Tochter eines extranei adoptiret. Da ſuccediret zwar dieſer Sohn oder dieſe Tochter dem adoptanti ab inteſtato, der adoptans aber ſuccediret nicht dem filio adoptivo, weil dieſe adoptio imperfecta kein Recht der väterlichen Gewalt giebet.

III. De Succeſſione Collateralium.

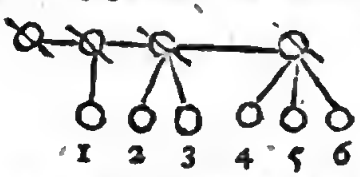
§. 758.

Hier kommen wir auf die Succeſſionem collateralium, wobei wir mercken: ubi nec adſcendere poteſt amor, experientia teſte ad latus divergit. Wenn alſo keine adſcendentes vorhanden ſeyn: ſo müſſen die collaterales folgen. Denn obgleich bisweilen die Liebe unter den Anverwandten nicht weit her iſt, und nach dem Ausſpruch der Poeten etiam fratrum amicitia rara: ſo ſehen doch unſere Geſätze auf dasjenige, welches öfters zu geſchehen pfleget.

§. 759. Von dieſer Erbfolge haben wir auf drei Regeln wohl acht zu haben. Die erſte Regel iſt: Fratres & ſorores germani germanæque eorumque liberi reliquos omnes collaterales excludunt, & illi quidem in capita, hi vero iure repræſentationis ſuccedunt in ſtirpes. Die zweite Regel iſt: Si ſoli extant germanorum germanarumque liberi, hi iure ſuo ſuccedunt, & hinc admittuntur in capita. Denn es iſt eine Hauptregel: non admitti ius repræſentationis in collateralibus, niſi ubi nepotes ex fratre vel ſorore, cum fratribus & ſororibus concurrunt. Wir wollen die Sache hier durch folgende Figur zu erläutern ſuchen.

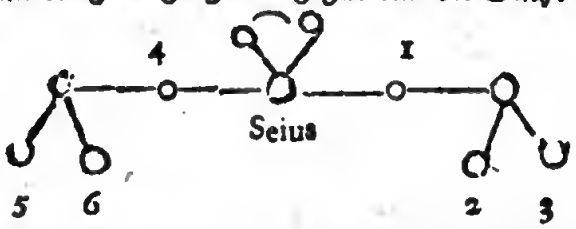


Hier bekömmt primus quadrantem, ſecundus und tertius eben ſo viel, quartus gleichfals quadrantem, und die übrigen müſſen ſich in den vierten Theil theilen. Wir wollen noch eine Figur, die etwas verändert iſt, hier beibringen.



Nach dieſer Figur, weil keine Brüder noch Schweſtern vorhanden ſind: ſo werden dieſe ſechs Enckel von den Brüdern oder Schweſtern ſuo iure zu der Erbſchaft zugelaſſen, und zwar in capita, da ein ieder den ſechſten Theil bekömmt.

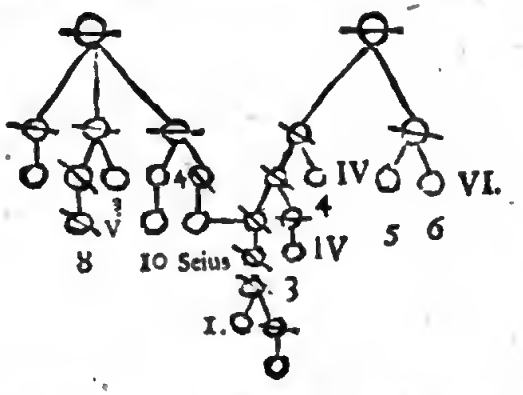
§. 760. Die dritte Regel, welche wir hierbei zu mercken haben, iſt dieſe: Non extantibus fratribus germanis, eorumque liberis, admittuntur unilaterales, ſive conſanguinei, ſive uterini ſint, eodem iure & ordine ac germani eorumque liberi Nemlich es ſuccediren hier die unilaterales in capita, und ihre Kinder, wenn ſie mit denſelben concurriren, alsdenn in ſtirpes. Wenn ſie alleine ſind, ſuccediren ſie in capita. Daher iſt hier alles dasjenige zu wiederhölen, was wir bei dem vorhergehenden ſpho erörtert haben. Hier pfleget von den Rechtsgelehrten die Frage aufgeworfen zu werden: annon conſanguinei in bonis paternis, uterini in bonis maternis præferendi ſint? Dieſes iſt nach den principiis iuris zu läugnen. Denn ſo bald als die bona auf den defunctum ſind gebracht worden: ſo gleich haben ſie auch aufgehöret bona paterna oder materna zu ſeyn, und ſie ſind mit einander dergeſtalt vermiſchet worden, daß alle Gleichheit verſchwunden iſt. Nichts deſtoweniger beobachten unterſchiedener Oerter ſtatuta dieſen Unterſchied, wenn ſich ein ſolcher Fall ereignet. Folgende Figur kan die Sache in ein Licht ſetzen.



Wenn Seius von dem Vater 30000. Rthlr. von der Mutter 10000. Rthlr. empfangen hat: ſo bekömmt primus 5000. Rthlr. ſecundus und tertius eben ſo viel. Jedoch, wie wir geſaget haben, wird dieſer Unterſchied nach dem iure civili nicht beobachtet.

§. 761. Die vierte Regel von dieſer Succeſſion iſt: Non extantibus fratribus & ſororibus, vel eorum liberis, reliqui collaterales ad hereditatem vocan-

cantur, ſine diſcrimine maſculi, an feminæ ſint, agnati, an cognati. Jedoch ſchlieſſen die näheſten Anverwandten die entfernteſten aus, und wenn ſie in einerlei Grad ſind, ſuccediren ſie zugleich in capita. Dieſe Regel kan durch folgende Figur erläutert werden.



Diejenigen, welche hier auf der lincken Seite ſtehen, ſind agnati, die auf der rechten Seite, cognati. Da kan man nun leichte ſehen, daß alle diejenigen, welche wir mit Zahlen angemercket haben, nicht zugelaſſen werden, auſſer primus, tertius, quartus und decimus. Denn dieſe ſind allein im vierten Grad, die übrigen aber alle im fünften und ſechſten Grad verwandt.

§. 762. Was die ſucceſſiones legitimatorum, adoptivorum & illegitimorum betrift: ſo verhält ſich die Sache ebenfals auf ſolche Art, nur mit dieſen Unterſchiede, daß den adoptivis nur die agnati, nicht aber die cognati ſuccediren. Hingegen ſuccediren den illegitimis die cognati allein, und die agnati können keinen Theil daran nehmen, welche Sachen von uns oben ſchon ausführlich ſind angezeiget worden.

IV. De Succeſſione Coniugali.

§. 763.

Ehemals konte von der ſucceſſione coniugum kaum eine Frage entſtehen, weil die Frau per confarreationem, coëmtionem & uſum in manus mariti kam, und wenn ſie alſo in ſeine Gewalt gebracht war, dieſelbe als eine filia familias und heres ſua angeſehen wurde. CICERO *in Top.* c. IV. DIONYSIVS HALICARNASSEVS c. 26. p. 15. GELLIVS *lib. XVIII. Noct. Attic.* c. 6. SERVIVS *ad* VIRGIL. *Aeneid. lib. XI. v.* 476. VLPIANVS *in Fragment. Tit. XI.* §. 13. Nachdem aber dieſe ritus aufhöreten: ſo kam die Frau nicht mehr in manum mariti, und dahero war auch keine Urſache vorhanden, warum der Mann der Frau,

Frau, und die Frau dem Manne im Erbe folgen ſolte, da ſie weder agnati, noch cognati waren, welche doch nur ſonſt ſucceſſions-fähig gehalten wurden: Allein es kam der Römiſche Prætor, und führte eine neue Art von Erbfolge ein, welches in einem beſondern Edikt, unde vir & uxor, geſchahe. Darin war nun geſetzet, daß wenn die Ehe aufhören würde, der überlebende Ehegatte dem Verſtorbenen im Erbe folgen ſolte, wenn ſonſt keine cognati vorhanden wären, da nun dieſes eingeführet war: So bekam hernach der überlebende Ehegatte die gantze Erbſchaft. *tot. tit. unde vir & uxor.* Weil aber dieſes eine ſucceſſio prætoria war, ſo muſte ſie intra centum dies utiles geſuchet werden, wie dieſes STRYK *de ſucceſſ. ab inteſt. diſſert. IV.* c. V. § 4. und BERGER *in Oeconom. Iur. lib. II.* c. IV. §. 47. *not.* 1. gezeiget haben.

§. 764. Weil aber die Eheleute auf ſolche Art einander gar ſelten im Erbe folgeten: ſo hat der Keiſer *Juſtinianus* in *Nov.* CXVIII. c. 5. und *Authent.* præterea, *Cod. unde vir & uxor* ein viel beſſeres und bequemeres Mittel, dazu zu gelangen, eingeführet. Nemlich, daß ſie mit andern Erben zur Erbſchaft ſollen zugelaſſen werden, wenn ſie arm wären, und der Verſtorbene reich geweſen. Allein hierbei wird gefraget: wie viel alsdenn die Eheleute bekommen? Darauf dienet zur Antwort: Es ſind entweder mehr Erben als drei, oder wenigere: im erſten Falle bekommen die Eheleute portionem virilem, im letztern aber den vierten Theil aller Güter. Aber hierbei entſtehet ein neuer Unterſchied, denn entweder erbet der Ehegatte mit den Kindern zugleich, oder mit andern Erben. Geſchiehet das erſte, ſo bekömmt der Ehegatte ſeine Portion iure uſufructuario: geſchiehet aber das letzte, ſo bekömmt er ſie iure proprietatis.

V. De Succeſſione Fiſci.

§. 765. 766.

Der allerletzte Erbe iſt endlich fiſcus, welcher doch nur in ſubſidium zu der Erbſchaft gelaſſen wird, und ſich derſelben binnen vier Jahren bemächtigen kan, ſi bona ſint vacantia, d. i. wenn keine cognati vorhanden ſind. Ja es giebt noch einige andere, welche dem fiſco vorgezogen werden, nemlich a) die Eheleute, von welchen in der vorhergehenden Abtheilung iſt geredet worden. b) Socii liberalitatis Auguſtæ. Wenn alſo mir und *Titio* der princeps ein Gut geſchencket hat, und *Titius* ſtirbet ohne Anverwandten zu hinterlaſſen: ſo bin ich in dieſem Gute *Titii* heres ab inteſtato, und werde alsdenn dem fiſco vorgezogen. c) So ſuccediret auch die Kirche in den Gütern eines Geiſtlichen, von welchen man glaubet, daß er die Kirche über alle andere geliebet habe. d) Vexillatio in bonis militis, welcher weder ein Teſtament gema-

machet, noch Anverwandten hinterlaſſen hat, obgleich der Capitain nach der eingeführten Weiſe das beſte Pferd und die beſten Waffen aus dieſer Erbſchaft vor ſich zu nehmen pfleget. Letzlich e) werden alle collegia licita dem fiſco vorgezogen, wenn ein College, ohne Anverwandten zu hinterlaſſen verſtirbet. Daß dieſes aber ein ſehr ſeltener Fall ſey, welcher ſich nicht leichte zuträget, ſolches wird ein ieder ohne viele Schwierigkeit einſehen.

Nach unſerer bishero beobachteten Weiſe, müſſen wir nunmehro auch ſehen, wie es die Teutſchen bei den Succeßions-Fällen, da kein Teſtament vorhanden geweſen, gehalten haben. Da iſt nun wohl zu mercken, daß die Teutſchen theils auf die Erhaltung der Familien, theils auf den vermutheten Willen der Verſtorbenen geſehen haben. TACITVS hat uns die Succeßions-Ordnung der Teutſchen in ſeinem Buche *de morib. Germanor.* c. 20. am beſten vorgeſtellet: *Heredes ſucceſſoresque ſui cuique liberi: nullum teſtamentum. Si liberi non ſunt: proximus gradus in ſucceſſione fratres, patrui, avunculi.* Aus dieſem Orte ſchlieſſen wir, daß die Teutſchen eben die gradus ſucceſſionis beobachtet haben, welche das Römiſche Recht einſchärfet, nemlich deſcendentium, adſcendentium, & collateralium. Denn obgleich TACITVS der adſcendentium nicht ausdrücklich Meldung thut: ſo iſt doch kein Zweifel, daß nicht die Teutſchen die Eltern eben ſowol als die Brüder, Vaters-Brüder und Mutter-Brüder zur Erbſchaft der Kinder zugelaſſen haben. Wir haben oben gemeldet, daß bei den Ebräern die ſucceſſio adſcendentium nicht ausdrücklich beſtimmet geweſen, und doch hat man gleichwol dieſelbe zugelaſſen, wie PHILO IVDÆVS *de vita Moſis lib. III.* p. 689. bezeuget. Beſiehe SELDENVM *de Succeſſione ſecundum diſciplinam Ebræorum.* Wir wollen alſo nunmehro ſehen, wie die ſucceſſio deſcendentium bei den Teutſchen ſich verhalten habe. Darin ſind alle Teutſche Völcker mit einander übereingekommen, daß den Kindern die väterliche Erbſchaft vor allen andern müſſe gelaſſen werden, als welche das Geſätz der Natur gleichſam dazu zum voraus beſtimmet hatte. Die alten Teutſchen Geſätze ſtimmen damit zuſammen, obgleich einige die Söhne allein, andere die Töchter mit den Söhnen, und wieder andere nur die Töchter in Ermangelung der Söhne zur Erbfolge laſſen. Der L. *Wiſigoth. Lib. IV. Tit. II.* macht unter den Söhnen und Töchtern keinen Unterſchied, und läßt dieſelben zu der väterlichen und mütterlichen Erbſchaft zu, welches die Weſtgothen allen Vermuthen nach von den Römern erlernet haben, weil andere Geſätze der Teutſchen mit den Weſtgothiſchen nicht überein kommen. Auf eben die Art haben es auch die Oſtgothen gemachet. Denn es fehlet ſo viel, daß ſie die Töchter von Privat-Erbſchaften ausgeſchloſſen, daß ſie vielmehr dieſelben ſo gar in Königreiche haben folgen laſſen, wie man an dem Exempel der Tochter des Königes *Theodoric*, *Amalaſunthæ*, welches

PROCOPIVS *de Bello Gothico lib. I.* anführet, erſehen kan. Die übrigen Teutſchen Völcker haben die Töchter entweder gar nicht, oder doch nur nach Abgang der Brüder, oder auch wohl gar von der Erbſchaft der unbeweglichen Güter ausgeſchloſſen. Nach dem L. *Salica Tit. LXII.* §. 1. wird geſetzet, daß wenn einer ohne Kinder verſtirbet, Vater und Mutter erben ſollen, und wenn dieſe nicht vorhanden ſind, Brüder und Schweſtern. Woraus einige geſchloſſen haben, daß man auf die Töchter gar keine Abſicht genommen. Weil aber in den entfernten Graden die Mutter, Schweſtern und andere Anverwandten, nach Maßgebung L. *Sal. c. l.* §. 2. 3. 4. zugelaſſen werden, wer wolte glauben, daß die Töchter von der Erbfolge ausgeſchloſſen worden? Wozu noch dieſes kömmt, daß am angeführten Orte §. 6. nur geſetzet wird: *de terra Salica nulla portio hereditatis mulieri veniat, ſed ad virilem ſexum tota terræ hereditas perveniat.* Daraus ſcheinet nun zu folgen, daß die Töchter in den übrigen Allodial-Gütern in ſubſidium, wenn keine Söhne vorhanden geweſen, folgen können. Denn daß bei den Francken das letzte geſchehen ſey, ſolches erhellet aus den *Formulis Marculphi lib. II.* c. XII. und *adpend.* c. XLIX. welches auch aus den *Tradit. Fuldenſ. lib. II.* c. XLI. p. 563. und c. L. p. 568. bei PISTORIO kan erwieſen werden. Der L. *Ripuariorum* ſcheinet *Tit. LVI.* §. 3. mit dem *Lege Salica* übereingeſtimmet zu haben, alwo ſtehet: *Sed dum virilis ſexus exſtiterit, femina in hereditatem aviaticam non ſuccedat.* Bei denen Burgundern ſahe man auf die Erhaltung der Familien, und lieſſe ſowol Söhne als Töchter zu der väterlichen und mütterlichen Erbſchaft. In L. *Burgund. Tit. XIV.* §. 1. leſen wir folgendes: *Inter Burgundiones id volumus cuſtodiri, ut, ſi quis filium non reliquerit, in loco filii filia in patris matrisque hereditate ſuccedat.* Faſt auf gleiche Art verordnet der L. *Langobard Lib. II. Tit. XIV.* §. 19. *Si quis Langobardus ſine filiis legitimis maſculinis mortuus fuerit, & filiam dereliquerit unam ad plures legitimas, ipſa in omnem hereditatem patris vel matris ſuæ, tamquam filii legitimi maſculini heredes ſuccedant.* ANDREAS de BARVLO *in Comment ad* L. *Langobard. c. l.* Die Sachſen ſind in dieſem Fall ſtrenger als andere Teutſche geweſen. Denn in L. *Sax. Tit. VII* §. 1. wird ausdrücklich geſetzet, *ut pater aut mater defuncti, filio, non filiæ hereditatem relinquant.* Ja daß den Töchtern die Sohns-Kinder vorgezogen worden, erhellet aus eben dieſer Stelle §. 6. Sie lieſſen aber doch die Töchter in einem einzigen Falle zu, wenn der Verſtorbene keine Söhne, ſondern Töchter hinterlaſſen hatte, *Tit. VII.* § 4. Und daher iſt es hernach bei den Sachſen gekommen, daß die Fürſten aus Sächſiſchen Stamme ſo viele Fräuleins Stifter geſtiftet haben, damit nach ihren Abſterben ihre Töchter, als arme Wäyſen, in denſelben mit Ehren leben möchten, wie dieſes KETTNER *in Antiquitatibus Quedlinburgenſibus*, und LEVKFELD *in*

An-

Antiquitatibus Gandersheimenſibus gezeiget haben. Der L. *Angriorum & Werinorum Tit. VI.* §. 1. kömmt mit den Sächſiſchen Rechten ziemlich überein, indem er ſetzet, *ut hereditatem defuncti filius non filia, ſuſcipiat.* Aber darin gehet er von den Sächſiſchen ab, daß er in Ermangelung der Söhne die Töchter zu den unbeweglichen Gütern der Eltern nicht zuläſſet. Denn wir leſen darin folgendes: *ſi filium non habuit, qui defunctus eſt; ad filiam pecunia & mancipia; terra vero ad proximum paternæ generationis conſanguineum pertineat.* Dieſes iſt auch noch etwas beſonders darinne, daß derjenige, welcher die unbeweglichen Güter bekam, die Sachen, welche zum Kriege gehörten, erhielte. Hingegen muſten ſich die Töchter befriedigen, *ſpoliis colli, id eſt, murænis, nuſeis, monilibus inauribus, veſtibus, armillis, vel quidquid mater ornamenti proprii videretur habuiſſe.* Dieſes iſt eine ſehr alte Nachricht, von dem in Sachſen bekannten Heergewette und Gerade. Es erzählet zwar GOBELINVS PERSONA *Cosmodrom. ætat. VI.* c. 47. da er von dem Teutſchen Könige, Henrich dem Finckler, ſchreibet: *Et mandavit, quod ſenior inter fratres quoscumque deberet eſſe in exercitu Regis, & propter hoc ipſe ſolus tolleret patris exuvias; inter quas arma maxime reputabantur. Et inde vulgo* Herewede *adhuc nominantur.* CONRADVS BOTHO *in Chron. Pict. Brunſu. ad an.* 907. erzehlet eben dieſes auf folgende Weiſe: De Keiſer ſatte, dat de öldeſte Sone ſcholde in dat Here varen, unde ſatte, dat de Herewede ſcholde vallen an den öldeſten Sone, effte an den negeſte Mach van der Schwerdhalven, dat wart do eyn recht to voren. Allein es will bedencklich fallen dieſen beeden Geſchichtſchreibern Glauben beizumeſſen, da man ſchon zu den Zeiten TACITI bei den Tenkteris Spuren von dem Heergeräthe findet: es müſte denn ſeyn, daß dieſes Recht in Vergeſſenheit gekommen wäre, und ſolches hernach *Henricus Auceps* wieder hergeſtellet hätte. Bei den Alemanniern theilten die Söhne ihrer Eltern Erbſchaft zu gleichen Theilen, wovon in L. *Alamann. Tit. LXXXVIII.* ſtehet: *Si qui fratres poſt mortem patris eorum aliquanti fuerint, dividant portionem patris eorum.* Die Töchter konten nur erben, wenn keine Söhne vorhanden waren, und ſie ſich an Männer von ihrem Stande verheurathet hatten. *Tit. LVII. Si duæ ſorores, abſque fratre relictæ, poſt mortem patris fuerint, & ad ipſas paterna hereditas pertingat, & una nupſerit ſibi coæquali libero, alia autem nupſerit aut colono regis, aut colono eccleſiæ. Illa, quæ illi libero nupſit ſibi coæquali, teneat terram patris eorum, res autem alias æqualiter dividant.* Wir tragen auch kein Bedencken, dieſes von den Beiern zu ſagen. Denn die Töchter konten, wenn Söhne da waren, nicht erben, ſondern die Söhne theilten mit einander zu gleichen Theilen. Es kömmt aber hier eine Frage vor, ob auch bei den Teutſchen die liberi illegitimi ihren Eltern ſuccediret haben? Der L. *Baiuariorum Tit. XIV.* c. 8. §. 2. will nur haben,

daß die Kinder, welche aus einer ächten und gleichen Ehe erzeuget worden, im Erbe folgen ſollen, und leidet nicht, daß die Kinder, welche ex ancillis erzeuget worden, zum Erbe gelaſſen werden, es wäre denn, daß man ihnen aus Erbarmung etwas geben wollen. Der Beieriſche Geſätzgeber führet zur Urſache Moſis Worte an, *Gen. XXI, 10. Non enim erit heres filius ancillæ cum filio liberæ*: Stoß den Sohn der Magd hinaus, denn er ſoll nicht Erbe ſeyn mit dem Sohne der Freien. Die Longobarden, bei welchen der Concubinat erlaubet geweſen, haben den liberis naturalibus einen Theil der Erbſchaft überlaſſen, wovon die Stellen in *L. Langobard. Tit. XIV.* §. 2. 3. 6. & ſeq. nachzuleſen ſind. Bei den Francken iſt es eben ſo gehalten worden, wie bei den Beiern, obgleich die Merovingiſchen Könige ſich daran nicht gebunden haben. Carl der Groſſe hinterließ viele natürliche Kinder, die aber nichts aus der Erbſchaft bekamen, und wir haben noch alte Formeln übrig bei MARCVLPHO *in adpend.* c. XLVII. §. 461. c. XII. p. 464. edit. BALVZ. Woraus erhellet, daß die Väter ihren unächten Söhnen einiger maſſen proſpiciret haben. Die vornehmſte Frage iſt, wenn die Söhne mit den Enckeln bei der Erbſchaft concurriret haben, ob den letztern das ius repræſentationis zugeſtanden worden. Bei den Weſtgothen hat dieſes Recht anfänglich nicht ſtatt gefunden. Denn ſo leſen wir in L. *Wiſigoth. Lib. IV. Tit. II.* §. 1. *In hereditate illius, qui moriebatur, ſi inteſtatus deceſſiſſet, filii primi erant. Si filii deerant, nepotibus debebatur hereditas, ſi nec nepotes eſſent, pronepotes ad hereditatem vocabantur.* Nachgehends aber hat der Weſtgothiſche König *Childeſuintus* das ius repræſentationis eingeführet, *Lib IV. Tit. V.* §. 4. Alſo findet man auch, daß der König Childebertus dieſes Recht bei den Francken im Gang gebracht hat, wovon man in deſſen *Decretione* c. 1. folgendes lieſet: *Ita Deo auxiliante Antonico Kal. Mart. Anno XX. regni noſtri convenit, ut nepotes ex filio vel ex filia ad aviaticas res cum avunculis ſic venirent in hereditatem, tamquam ſi pater aut mater vivi fuiſſent. De illis tamen nepotibus iſtud placuit obſervari, qui de filio & filia naſcuntur, non qui de fratre.* Wir müſſen nun auch betrachten, was die Longobarden von dem iure repræſentationis geordnet haben. Dieſe haben dieſes Recht unter den deſcendenten durchgängig gelten laſſen, wie dieſes deutlich aus dem L. *Langobard. Lib. II. Tit. XIV.* §. 18. erhellet, alwo folgende Verordnung ſtehet: *Si quis filios habuerit legitimos unum aut plures, & contigerit, unum ex his vivente patre mori, ut dereliquerit filios legitimos unum aut plures, & contigerit autem mori, talem partem percipiant de ſubſtantia avi ſui una cum patruis ſuis, qualem pater eorum inter fratres ſuos percepturus erat, ſi vivus fuiſſet.* Die übrigen Teutſchen Geſätze wiſſen von dem iure repræſentationis wenig oder gar nichts. Denn obgleich in L. *Saxon. Tit. VI.* §. 6. verordnet wird,

ſi quis

ſi quis filium aut filiam habuerit, & filius, uxore ducta, filium genuerit, & mortuus fuerit, ut hereditas patris ad filiam pertineat: ſo iſt doch dieſes ius repræſentationis nur zu verſtehen, wenn die Enckel mit einer Tochter concurriren. Daran haben die Sachſen lange Zeit gezweifelt, und die Sache hat erſt zu Keiſer Otto des Groſſen Zeiten durch ein Duell müſſen ausgemachet werden. Wir beweiſen dieſes aus folgender Stelle WITICHINDI CORBIENSIS *lib. II. Annal.* p. 644. *De legum quoque varietate facta eſt contentio, fuereque qui dicerent, quia filii filiorum non deberent computari inter filios, hereditatemque legitime cum filiis ſortiri, ſi ſorte patres eorum obiiſſent, auis ſuperſtitibus. Vnde exiit edictum a Rege, ut univerſalis populi conventio fieret apud villam, quæ dicitur Stela, factumque eſt, ut cauſſa inter arbitros iudicaretur debere examinari. Rex autem meliori conſilio uſus noluit, viros nobiles ac ſenes populi inhoneſte tractari, ſed magis rem inter gladiatores decerni iuſſit. Vicit igitur pars, qui filius filiorum computabant inter filios, & firmatum eſt, ut æqualiter cum patruis hereditatem dividerent, pacto ſempiterno.* Dieſes waren die alten Teutſchen Rechte, daß man unter den Kindern die Töchter nicht zur Erbſchaft lieſſe. Weil aber dieſes ſchon zu MARCVLPHI Zeiten als eine unbillige Sache angeſehen wurde: ſo haben die Nachkommen dieſes in den folgenden Zeiten geändert, und die Töchter mit den Söhnen in den Allodial-Gütern erben laſſen. Jedoch ſind doch noch nach Sachſen-Rechte die Söhne den Töchtern vorgezogen worden, wovon im Sächſiſchen Landrechte *lib. I. art.* 17. geleſen wird: Vaters und Mutter, Schweſter, oder Bruders Erbe, nimpt der Sohn und nicht die Tochter, es ſey dann, daß da kein Sohn ſey, ſo nimpts die Tochter. Daher die Sächſiſchen Töchter bald die ärmeſten bald die reicheſten Frauenzimmer waren, nachdem nun Söhne vorhanden waren oder nicht, wie wir Exempel an der *Richenza*, Gemahlin des Keiſers *Lotharii* und Gertraud, Gemahlin des Hertzogs *Henrici Superbi*, haben. MADERVS *Antiq. Brunſvic.* p. 12. Jedoch bekamen die Töchter aus der mütterlichen Erbſchaft die Gerade, wenn ſie noch nicht verheurathet waren: hingegen die ſchon verheurathet waren konten keine Gerade überkommen. In dem Sächſiſchen Landrechte *Lib. I. art.* 5. ſtehet davon alſo: Die Tochter, ſo in dem Hauſe geblieben iſt unausgegeben, theilt nicht ihrer Mutter Gerade mit der Schweſter, die ausgeradet und vergeben iſt. Was ihnen aber an Erbe anſtirbt, das müſſen ſie mit einander gleich theilen. Wenn dahero bei den Sachſen zween Brüder waren: ſo theilte der älteſte die Erbſchaft, und der jüngere hatte die Wahl, einen Theil zu nehmen, welchen er wolte. Sächſiſch Landrecht *lib. III.* c. 29. GOLDASTVS *de Maioratu lib. I.* c. XXVII. §. 9. Sind es mehr Brüder als zween, ſo ſuccediren dieſelben in capita: wiewol in dem Weichbilde *art.* 26. geſaget

wird, daß die erſte Regel gelte, wenn drei Söhne vorhanden ſind. Stirbt einer von den Brüdern, und hinterläſſet Kinder: ſo ſuccediren dieſelben iure repræſentationis in ſtirpes. Sächſiſch Landrecht *lib. 1. art. 5.* Die Töchter wurden gar nicht zur Erbſchaft gelaſſen, als wenn keine Söhne vorhanden waren, als in einem eintzigen Falle, wenn eine Tochter mit ihrem Bruder, der ein Geiſtlicher war, erben wolte. Denn da ſaget Repkau *lib. 1. art. 5.* Wo die Frau keinen Bruder mehr hat, als den einigen Pfaffen, ſo nimmt ſie mit ihm gleichen Theil durchaus an Erbe und der Gerade. Wenn ſonſt keine Söhne vorhanden waren, alsdenn ſuccedirten die Töchter erſt in capita. Sächſiſch Landrecht *lib. 1. art. 17.* Die Enckel und Enckelinnen aber, welche von Töchtern geboren waren, konten ſich des iuris repræſentationis nicht bedienen. Denn das Sächſiſche Landrecht *lib. I. art. 5.* verordnet: dieſes mag den Tochter-Kindern nicht geſchehen, daß ſie theil nehmen mit der Tochter, in des Aelter Vaters oder der Aelter Mutter Erbe. Aber die liberi illegitimi ſind ſo wenig in den väterlichen als in den mütterlichen Gütern zum Erbe zugelaſſen worden. Denn Repkau *lib. I. art. 51.* ſchreibet davon: Man ſagt auch, daß kein Kind ſeiner Mutter Rebskind ſey. Das iſt doch nicht. Ueberdis konten auch die rechtmäßigen Kinder, welche ſchon abgetheilet waren, nicht eher von den Eltern erben, als bis ſie conferiret hatten. Davon ſtehet im Sachſen-Spiegel *lib. I. art. 13.* Sundert der Vater und die Mutter einen ihrer Söhn oder Döchter von ihm mit ihren Gut, ſie ſondern ſich mit der Koſt, oder nicht, wollen ſie nachs Vaters, oder der Mutter Tod ihr Erbtheil wieder anſprechen, der Bruder gegen den Bruder; oder die bemannete Tochter gegen der unausgeſtatteten Schweſter: ſie müſſen in die Theilung wieder einbringen, mit ihren Eid als das Gut, da ſie mit abgeſundert waren, ob es fahrende Habe iſt, ſonder Gerade. Es lieſſen aber die Sachſen nicht die Erbfolge den Kindern, welche Zwitter waren, die Repkaw gar lächerlich, allzuviel nennet, ferner den Zwergen, Monſtris und Auſſätzigen. Die Tauben und Stummen, furioſos, mente captos, cæcos & mutilos wurden nur in Allodialgütern, nicht aber in Lehengütern zugelaſſen. Sächſ. Landr. *lib. I. art. 4.* Den Söhnen gehörete allein das Heergeräthe, welches beſtunde in einem Schwerd, geſattelten Pferd, Harniſch, Heerpfuhl, Tiſch-Tuch, zwo Schüſſeln, Hand-Quele und das alltägliche Kleid. Sächſiſch Landrecht *lib. I art. 22.* Hingegen bekommen die Töchter die Gerade, wozu unterſchiedene Stücke gezehlet wurden Sächſ. Landrecht *lib. I. art. 24.* Waren Söhne da, welche Geiſtliche waren, oder wie Repkaw ſaget, die gelert, und zu Pfaffen geweihet und geſchoren ſind: ſo muſten ſie die

Gerade

Gerade mit den Töchtern theilen. Die Schwaben ſind hierin von den Sachſen abgegangen, und haben unter Söhnen und Töchtern keinen Unterſchied gemacht. Denn in Schwäbiſchen Landrechte c. 279 ſtehet: Stirbt ain Man, und laet Sün und Töchter hinder im und er laet aigen hinder im, da er nichtes mit geſchaffet hat. Dew kind ſin ausgeſtewert oder nicht, ſie ſollen da aigen mit einander tailen. Nur bei den Sidelhöfen war hier ein Unterſchied zwiſchen den Söhnen und Töchtern, indem der Sohn den Sidelhof allein bekam, und der Tochter gab, was er wolte. (Sidelhöfe ſind Güter, welche frei von allen Anlagen, und von dem Oberherrn zu Lehen gehen, bisweilen aber einen ſehr geringen Werth haben. FRITSCH. *in Theſ. Pract.* BESOLD. *Comm.* p. 820.). Das Schwäbiſche Landrecht ſaget am angeführten Orte alſo: Und is da ain Sidelhoff, da der Vater auſſazz, und laet er ſeinen Sun; oder mehr Sün hinder im, die nicht ausgeſtewert ſind: die Sün beſitzent das Anſedel mit recht vor den Sweſtern, und iſt aber nichts andern da, wann das Anſezz: ſo ſtett es an der prüder gnaden, was ſie den Sweſtern geben. Was das ius repræſentationis betrift: ſo haben die Schwaben mit den Sachſen hierin einerlei Gewohnheit gehabt. Denn ſo lieſet man im Schwäb. Landrecht c. 253. Nimbt ain Man Weib pey ſeines Vater Leib, dew im ebenwürtig iſt, und gewünnet er Sün pey ir, und ſtirbt er darnach, e das ſein Vater ſein Erb mit im getailte: deſſelben Names Sün die nemmet gleichen erbtail an irs Vaters ſtat ennehe iren Vettern: aber ſie nemmet all nicht, wann aines Mannes tail. Und das mag den Tochter Kinden nicht werden, das ſy gleichen tail nemmen, da ſy dann nicht Suns Kinde. In den übrigen Sachen, welche wir oben von den Sachſen angeführet haben, ſind die Schwaben nicht unterſchieden.

Was die ſucceſſionem adſcendentium bei den Teutſchen betrift: ſo iſt zu mercken, daß wenn die Kinder verſtorben, die Eltern ihnen geerbet haben. In L. *Viſigothor. lib. III. Tit. II. §. 2.* heiſſet es: *ut, ſi, qui moritur, nec filios, nec nepotes, ſeu patrem, vel matrem relinquat, tum avus aut avia hereditatem ſibimet vindicet.* Der L. *Salica Tit. LXII. §. 1.* macht davon folgende Verordnung: *ſi quis homo mortuus fuerit, & filios non dimiſerit, ſi pater aut mater ſuperfuerint, ipſi in hereditatem ſuccedant.* In L. *Ripuarior. Tit. LVI. §. 1.* ſtehet, *ſi quis abſque liberis defunctus fuerit, ſi pater materque ſuperſtites fuerint in hereditatem ſuccedant.* In den LL. *Saxon. Angrior. & Longobard.* findet man von der Erbfolge der Eltern nichts aufgezeichnet: In L. *Alemannica* aber iſt eine beſondere Satzung, *Tit. XCII. §. 1.* daß nemlich nach Abſterben der Mutter, und wenn das geborne Kind bald darauf geſtorben, die auf das Kind gebrachte Erbſchaft der Mutter

ter dem Vater zu Theil werden ſolte, *dum infans vivus remanſerit aliquanto ſpatio, vel unius horæ, ut poſſit aperire oculos, & videre culmen domus, & quatuor parietes.* In den mittlern Zeiten findet man, daß die Eltern ihren Kindern gefolget haben. Im Schwäbiſchen Landrecht *Lib. I. Art.* 17. ſtehet: Stierbt ain Mann ohn Kind: ſein Vater nimt ſein Erbe. Hat er des Vaters nicht, es nimt es ſeine Mutter mit mehren Rechten, dann ſeine Schweſter oder Bruder. Man nennet dieſes in Sachſen noch heut zu Tage den Schooßfall, welcher die Eigenſchaft hat, daß die collaterales mit den adſcendentibus nicht erben können. Was aber die Gerade-Sachen waren: da wurde die Mutter dem Vater vorgezogen, wenn die Tochter geſtorben war. Sächſiſch Landrecht *Lib. I. art.* 27. Ein iegklich Weib vererbt zweierlei, ihre Gerade auf ihre nächſte Niſtel, ſo ihr von Weibeshalben zugehörig iſt: und das Erb auf den nächſten Freund, es ſey Mann oder Weib. Das Schwäbiſche Landrecht kommt hierin mit dem Sächſiſchen Rechte ziemlich überein, auſſer daß ſich in wenigen Fällen eine Ausnahme findet.

Was die ſucceſſionem collateralium bei den Teutſchen anbelanget: ſo finden wir ſchon zu den Zeiten TACITI, daß in Ermangelung der Kinder und Eltern die nächſten Anverwandten die Erbfolge gehabt haben, wovon wir oben die Stelle aus TACITO angeführet haben. Bei denen Weſtgothen wurde es alſo gehalten, daß wenn keine Kinder, noch Eltern vorhanden waren, alsdenn die leiblichen Brüder und Schweſtern, und wenn dieſe nicht mehr lebeten, ihre Kinder in capita ſuccedirten. Wir wollen uns aber hierin bei den alten Gewohnheiten der Teutſchen Völcker nicht aufhalten, ſondern nur die Stellen aus ihren Geſätzen anführen, alwo dieſe Succeßions-Ordnung kan weiter nachgeleſen werden. L. *Wiſigoth. Lib. IV. Tit. II. §. 5.* ſeqq. L. *Burgund. Tit. XIV. §. 2. Tit. LXXV. §. 3.* L. *Salic. Tit. LXII. §. 2.* ſeqq. *LL. Angr. & Werin Tit. VI. §. 2.* ſeqq. L. *Langobard. Lib. II. Tit. XIV. §. 1. 22. 24.* In den mittlern Zeiten finden wir, daß bei den Sachſen die fratres & ſorores bilaterales, ungezweiete Brüder und Schweſtern, ſuccediret haben. Sächſiſch Landrecht *Lib. II art.* 20. Waren keine leibliche Geſchwiſter da, ſo folgeten ihre Kinder in capita *lib. I. art.* 17. mit welchen aber doch die fratres & ſorores unilaterales concurrirten, weil die Regel galt: Die halbe Geburt tritt einen Grad weiter. *Lib. II. art.* 30. Hernach bekam die nächſte Anverwandte weiblichen Geſchlechts die Gerade, und der nächſte Anverwandte männlichen Geſchlechts das Heergeräthe. Und mit dieſen ſtimmt das Schwäbiſche Landrecht mehrentheils überein.

Wir kommen nunmehro auf die Erbfolge der Eheleute. Wie dieſelbe bei den Teutſchen beſchaffen geweſen, ſolches haben wir aus den alten

Teut-

Teutſchen Geſätzen in unſern *Iure Germanico lib. II* §. 262. ſeqq. weitläuffig dargethan. Wir wollen alſo nur ſehen, was in dieſen Fällen in den mittlern Zeiten gegolten hat. Nach der Gloſſe des Weichbildes *art.* 22. bekam der überlebende Ehegatte den dritten Theil der Erbſchaft, wenn gleich noch ſo viel Kinder vorhanden waren. Nach dem Sächſiſchen Landrechte *lib. II. art.* 31. *lib. III. art.* 76. war der Mann Erbe der beweglichen Sachen, welche die Frau hinterlaſſen hatte. Immittelſt aber wurden der Frau aus den Gütern des Mannes einige beſondere Sachen überlaſſen. Sächſiſch Landrecht *Lib. III. art.* 76. Stierbt einem Weibe ihr Mann, und bleibet ſie in des Mannes Gut ungetheilt mit den Kindern, lange Weile, oder kurtz: wann ſie ſich darnach theilen, ſo nimmt die Frau ihre Morgengab, Gerade, und Mustheil, an alle dem Gut, das den da iſt, als ſie nehmen ſolt zu der Zeit, da ihr Mann geſtarb. Was zur Morgengabe, Mustheil und Gerade gehöret, ſolches erſehen wir aus dem Sächſiſchen Landrecht *lib. I. art.* 14. Repkau rechnet zur Morgengabe alle Feld Pferde, Rinder, Ziegen und Schweine, die vor den Hirten gehen, und gezäunet Zimmer. Zum Mustheile gehören gemäſte Schweine, und alle Hofſpeiſe im ieglichen Hof ihres Mannes. Endlich zählet er zu der Gerade alle Schaafe, Gänze, Kaſten mit angehangen Liedern, alles Garn, Bette, Pfulen, Küſſen, Leilach, Tiſchlachen, Zweelen, Badlachen, Becken, Leuchter, und alle Weibliche Kleider, Fingerlein, Armgold, Tſchappeln, Pſaltrer und alle Bucher, die zum Gottesdienſt gehören, darin die Frawen pflegen ihr Gebeth zu leſen, Siedeln, Laden, Teppichte, Umbhänge, Rücklachen, und alle gebende. Nach dieſen ſetzet er noch hinzu, Bürſten, Kämme, Scheeren, Spiegel, alles Gewand und Lacken, geſchnitten zu Frawen-Kleidern: Hingegen erinnerter, daß der Frau ungewürckt Gold und Silber nicht gehöre. Allein es entſtehen hierbei gar unzählige Fragen, in deren Auswickelung die Sächſiſchen Rechtsgelehrten, welche davon geſchrieben, alle ihren Witz angewendet haben, aus deren Schriften BEYER *in ſpec. iur. Germ. lib. II.* c. 15. 16. 17. unterſchiedenes genommen hat. Nach den Schwäbiſchen Rechten nahm die Witwe die Morgengabe, und theilte die beweglichen Sachen mit den Kindern oder andern Erben zu gleichen Theilen, dabei doch ein beſonderer Theil pro remedio animæ des Verſtorbenen zu milden Sachen muſte ausgeworfen werden. Sächſiſch Landrecht c. 277. Die Gerade betreffend iſt das Schwäbiſche Recht von dem Sachſen-Rechte nicht unterſchieden, wie aus dem Cap. 264. erhellet. Was von eſſender Wahre nach dreißig

Tagen ſeit dem Abſterben des Mannes vorhanden war, das theilte die Witwe mit den Erben. *cap. 261.*

Letzlich haben wir auch die ſucceſſionem fiſci bei den Teutſchen zu betrachten, und zu ſehen, wie es bei ihnen in dieſem Falle iſt gehalten worden. Da iſt nun erſtlich zu mercken, daß den alten Teutſchen die iura fiſci, von welchen in den Römiſchen Rechten ſo viel Weſens gemacht wird, gar nicht ſind bekannt geweſen, ſondern die Teutſchen Völcker haben erſt davon Kenntniß eingezogen, nachdem ſie in die Provinzen des Römiſchen Reichs eingedrungen ſind, und darin eigene Königreiche errichtet haben. Nach dieſer Zeit ſind die iura fiſci bei ihnen bekannter geworden, und ſie haben angefangen, ihm die ledigen Erbſchaften zu geben. Man findet davon Nachricht bei den Oſtgothen in *Edicto Theodorici* c. 24. Beiern, in L. *Baiuuar. Tit. XIV.* c. 9. §. 4. und Francken in L. *Salic. Tit. LXIII.* §. 3. *Capitular. Caroli M. de a* 813. §. 6. bei BALUZIO T. I. p. 508. In den mittlern Zeiten treſen wir dieſe Gewohnheit auch bei den Sachſen an, indem wir in dem Sächſiſchen Landrechte *lib. I art* 28. folgendes leſen: Was ſolches Dinges erblos ſtirbt, als Heergewedt, Erb oder Gerad, das ſoll man antworten den Richter oder Frohn-Boten, ob er er es heiſchet nach dem dreißigſten. Das ſoll dann der Richter behalten Jahr und Tag unverthan. Und warten, ob ſich iemands dazu ziehen wolt mit Recht. Käme dann niemand, ſo kehre es der Richter zu ſeinem Nutz. Ein gleiches findet ſich im Schwäbiſchen Landrecht c. 268. Es iſt aber hierbei wohl zu mercken, daß, da nach den Römiſchen Rechte nur der fiſcus principis ſich der ledigen Güter bemächtigte, die Teutſchen die iura fiſci beinahe einem ieden Richter beigeleget haben. Und daher kömmt es, daß die erledigten Güter eines Eigenbehörigen dem Herrn, die Güter der Kirchen-Unterthanen der Kirche, der Landes-Unterthanen dem Land-Richter, und der Städte Leute ihre Güter dem Stadt-Richter zugeſtanden werden. Schwäbiſch Landrecht c. 268. Was nun heut zu Tage von dieſen angeführten Rechten noch übrig ſey, das wollen wir nunmehro durchnehmen. Es ſind die alten Rechte der Teutſchen bei den Succeßions-Fällen faſt an allen Orten von den eindringenden Römiſchen Rechten ausgebiſſen worden, jemehr man die Billigkeit der *Nov. CXVIII.* bewundert hat. Dem ohngeachtet ſind doch aus den alten Rechten noch unterſchiedene Dinge beibehalten worden, welche verdienen angemercket zu werden. Da man ſonſt die Söhne den Töchtern in Erbfällen hat vorgezogen: ſo finden wir auch noch dieſes Recht heut zu Tage in Erb-Stamm Gütern, alwo die Söhne allein, in den übrigen Gütern aber die Söhne und Töchter zugleich folgen. STRYK *in Vſu Moderno Lib. XXXVIII. Tit. XVI.* §. 3. In Schleßwick bekommen die

die Söhne doppelte Portion von den Töchtern, welches Recht auch in Dännemarck gilt. In Sachſen bekommen die adelichen Söhne das Heergewette, wiewol dieſes auch bei den bürgerlichen geſchiehet. CARPZOV P. III. *Conſt. 38. def. 25.* Wo Sachſen-Recht gilt, da bekommen die Töchter die Gerade. HOFMANN *de Gerada* P. II. Von dem iure repræſentationis haben wir oben gemeldet, daß daſſelbe in Teutſchland nicht an allen Orten bekannt geweſen: wie denn daſſelbe in Geldern und in den Niederlanden erſt in den neuern Zeiten eingeführet worden. IOAN. à SOMERN *de Repræſent.* c. 1. §. 8. Die Liberi illegitimi konten ehemals bei den Teutſchen nicht Erben ihrer Eltern ſeyn, wie wir ebenfals oben gewieſen haben: und heut zu Tage gilt ſolches noch an denjenigen Orten, wo das Lübiſche Recht angenommen iſt. Denn in *Iure Lubec. lib. II. Tit. II. art. 9.* heiſſet es: Unehrliche Kinder nehmen kein Erbe, aber derſelben verlaſſen Gut erben ihre nächſte Bluts-Freunde die dazu gehören. Diejenigen Kinder, welche per ſubſequens matrimonium ſind legitimiret worden, erben heut zu Tage ihren Eltern überall, welches aber bei den legitimatis per reſcriptum principis nicht angehet. Weil auch ehemals bei den Teutſchen üblich geweſen, daß wenn zween Söhne vorhanden waren, der älteſte die Theilung machte, und der jüngſte wählete; ſo gilt dieſes heut zu Tage nicht allein in Sachſen, ſondern auch noch an vielen andern Orten: wie denn auch bei den Keiſerlichen Cammergerichte nach dieſer Gewohnheit erkannt worden. GAILIVS *lib. II. Obſervat.* c. 96. MYNSINGER *Cent. IV. obſerv. 37.* Ob nun aber gleich dieſe Regel nur gilt, wenn zween Brüder ſeyn: ſo hat man doch dieſes auch auf den Fall gezogen, wenn viele Kinder vorhanden ſind, welches das Köhr-Recht genennet wird. BEYER *in Specim. iur. Germ. lib. II.* c. 13. Wenn Bruder und Schweſter vorhanden iſt: ſo macht die Schweſter, ſie mag älter oder jünger ſeyn, die Theilung, und der Bruder wählet. CARPZOV P. III. *Conſt. XV. def. 7.* Wie treffen auch noch viele Fußtapfen der alten Teutſchen Rechte in ſucceſſione adſcendentium an. In Oeſterreich bekommen die Eltern nichts von der Kinder Erbſchaft: FINSTERWALD *lib. II. obſerv. 119.* in Sachſen aber werden dieſelben heut zu Tage zugelaſſen. *Conſtit. Auguſt.* XVII. P. III. und der Vater hat den Nießbrauch in portione matris. *Conſuit. Sax.* T. I. P. II. n. 23. Nach Lübiſchen Rechten *Lib. II. Tit. II. art. 1.* und 7. werden die abgetheilten Brüder und Schweſtern, wie auch diejenigen, welche noch nicht abgetheilet ſind, den Eltern in dem Erbe ihrer abgetheilten Geſchwiſter vorgezogen: Dahingegen die Eltern den Söhnen und Töchtern, welche noch in ihrem Hauſe ſind, im Erbe folgen, und die Brüder und Schweſtern ausſchlieſſen. COTMANN *Vol. III. Conſil. 46.* n. 16. Was die Erbfolge der collateralium betrift: ſo wird heut zu Tage dasjenige faſt an allen Orten,

wo Sachſen-Recht gilt, beobachtet, was wir oben angeführet haben. Es leidet es die Zeit und der Ort nicht, daß wir uns hier in beſondere Fragen von der ſucceſſione collateralium einlaſſen. Wer davon eine Nachricht verlanget, der beliebe SIMON *van* LEEUWEN *in Cenſura forenſ.* P. I. *lib. III.* c. 16-22. nachzuleſen, welcher die beſondern Statuta und Gewohnheiten vieler Völcker geſammlet hat. Wegen der Erbfolge der Eheleute ſind die Statuta gar ſehr unterſchieden. In Sachſen iſt der Ehemann Erbe ſeiner Frau in ihren beweglichen Gütern, bekömmt aber nicht die Gerade, und die legitima muß den Kindern ſalva ſeyn. STRYK *de ſucceſſ. ab inteſt. Diſſert. IV.* c. 3. §. 8. ſeq. RICHTER *de Succeſſ. ab inteſt. Sect. IV. Membr. II.* n. 33. Der Frau kömmt ein Drittheil zu, wenn keine Kinder da ſind; ſind aber welche vorhanden: ſo bekömmt ſie den vierten Theil, wenn ſie ihre eigenen conferiret. CARPZOV P. III. *Conſt. XX. def.* 17. und 24. In dem Hertzogthum Braunſchweig und an andern Orten bekömmt der überlebende Ehegatte alle Güter, wenn keine Kinder da ſind, STRYK *de ſucceſſ. ab inteſt. ibid.* §. 18. In der Marck Brandenburg gehöret dem überlebenden Ehegatten der halbe Theil der gemeinſchaftlichen Güter STRYK *c. l.* §. 19. ſeqq. Von dem iure ſuccedendi fiſci in bona vacantia haben wir nichts beſonders anzumercken, was nicht ſchon oben angeführet worden.

Tit. XIV.

De Obligationibus.

§. 767.

Was wir bishero erkläret haben, das ſind ſpecies iuris in re geweſen. Wir haben die modos adquirendi dominium betrachtet. (*Lib. II. Tit. I. & ſeqq.*). Wir haben auch geſehen, was die ſervitutes ſeyn, (*Lib. II. Tit. III V.*), und haben auch das weitläufftige ius hereditarium ſowol ex teſtamento, als auch ab inteſtato betrachtet (*Lib. II. Tit. X. - Lib. III. Tit. XIII.*). Nunmehro hätte de iure pignoris ſollen geredet werden; allein ich weiß nicht, durch was vor einen Zufall es geſchehen iſt, daß der Keiſer *Juſtinianus* dieſe ſpeciem iuris in re vorbei gegangen, und nur etwas weniges, das den Pfand-Contrakt betrift, unten beigebracht hat (*Lib. III. Tit. XVI.*) Dahero muß dieſe Lücke an ihren Orte aus den Pandekten vollgefüllet werden. Wir gehen ietzo alſo ohne weitern Umſchweif zu den iuribus ad rem, wovon wir die Regel haben, omne ius ad rem ex obligatione naſcitur:

wes-

weswegen in dem lezten Theile dieſes Buches, und in dem Anfange des folgenden von den *Obligationibus* ſoll allein gehandelt werden.

§. 768. Zuerſt entſtehet hier die Frage: quid ſit obligatio? Wir antworten darauf: eſt iuris vinculum, quo neceſſitate adſtringimur alicuius rei ſolvendæ, id eſt faciendæ vel præſtandæ, *argum. princ. Inſt. h. t.* Allein dieſe definition will einigen Sonderlingen in der Rechtsgelahrheit faſt anſtincken, welche vornemlich tadeln, daß wir eine Sache per meram translationem, ſeu metaphoram definiren. Ja nach der Klugheit, oder vielmehr der Ueberwizigkeit, die ſie haben, ſagen ſie, vinculum iuris ſey ein Strick, woran die Diebe gehangen würden. Belle, ſapienter, lepide, ut nihil ſupra! Allein res morales können nicht ſo genau mit eigenen Worten ausgedrücket werden, und ſelbſt das Wort obligatio iſt metaphoriſch. HORATIVS *lib. II. Sat. III.* v. 70. nennet die obligationes, cautiones und nexus iuris *Catenas*, und VARRO *de Ling. Latin. lib. V.* p. 58. ſaget, *ſponſu alligari.* Und was ſtiften doch dieſe Leute durch die definition, die ſie geben, vor einen Nuzen, ob ſie gleich ſagen, daß dieſelbe philoſophiſch ſey. Selbige lautet alſo: obligatio eſt qualitas moralis paſſiva, qua neceſſitas ponitur aliquid faciendi vel præſtandi. Gleichſam als ob dieſe definition nicht eben ſo dunckel wäre, als das definitum. Es verbleibet dahero unſere definition in ihrer guten Richtigkeit, woraus dieſes axioma flieſſet: obligatio perſonam non egreditur, adeoque inde adverſus tertium numquam agi poteſt, ſed adverſus eum, qui ſe nobis obligavit. Und hierin lieget der Unterſchied inter ius in re & ad rem, wovon wir oben (§. 333. II.) gehandelt haben. Es möchte hier iemand einwenden, daß ja der Erbe ex obligatione defuncti könne belanget werden. Allein man muß wohl mercken, daß der Erbe mit dem Verſtorbenen für eine Perſon gehalten wird, weil er in alle Rechte und Verbindungen des Verſtorbenen tritt.

§. 769. Von der definition gehen wir zu den Eintheilungen, deren die erſte iſt, daß die obligationes vel mere naturales, vel mere civilis, vel denique mixtæ ſeyn. Der Grund aller Verbindung iſt das Geſäz. Wenn nun eine Verbindung aus dem Rechte der Natur entſtehet, das bürgerliche Recht aber derſelben nicht beiſpringet: ſo iſt dieſes eine obligatio mere naturalis. Z. E. Das natürliche Recht ſaget, pacta ſunt ſervanda, weil aber das bürgerliche Recht den pactis nudis nicht beiſtehet: ſo wird es daher obligatio mere naturalis genennet. Wenn eine Verbindung durch das bürgerliche Recht eingeführet wird, und das natürliche Recht iſt derſelben entweder entgegen, oder leiſtet ihr keinen Beiſtand: ſo heiſſet dieſes obligatio mere civilis. Z. E. Quod ex metu promiſſum eſt, iure civili ſtricto eſt præſtandum. Weil die Rechtsgelehrten nach den Grundſäzen der Stoiſchen Weltweisheit ſageten, coacta voluntas etiam eſt voluntas, L. 21. §. 5. D. *quod met. cauſſ.* Weil

aber das natürliche Recht dergleichen Verbindung, die durch Furcht und Zwang ausgepreſſet worden, verbietet: ſo heiſſet dieſes obligatio mere civilis. Endlich wenn beide Rechte, nemlich das natürliche und das bürgerliche eine Verbindung gut heiſſen, ſo iſt dieſes obligatio mixta. Z. E. Wenn einer etwas gekaufet hat, iſt er ſowol nach den natürlichen, als bürgerlichen Rechten verbunden, den verſprochenen Werth der Sachen zu zahlen, und dahero werden dergleichen Verbindungen obligationes mixtæ genennet. Die mixtæ obligationes ſind die beſten, weil ſie alle vollkommene Wirckung haben. Civiles obligationes haben keine Wirckungen, weil ſie per reſtitutionem in integrum reſcindiret werden. Die obligationes naturales geben endlich eine exception, aber kein ius agendi, ob ſie gleich bisweilen ein Recht wircken, z. E. ius retentionis, compenſationis.

§. 770. Die zweite Eintheilung iſt, daß einige obligationes vel civiles, vel prætoriæ ſeyn. Civiles ſind, welche aus den bürgerlichen Rechten herkommen, d. i. aus den legibus, plebiſcitis, Senatusconſultis, reſcriptis principum & reſponſis prudentum. Hingegen heiſſen prætoriæ, welche entweder aus dem edicto Prætoris oder anderer Magiſtrats-Perſonen entſpringen. Beſonders wird prætorium genennet, quidquid a magiſtratibus eſt, etiam a Proconſulibus & Aedilibus. Omnis enim olim magiſtratus Romanis a præeundo dicebantur, Prætores, quaſi Præitores. vid. VARRO *lib. IV. de Lingua Latina* c. 14. Z. E. Obligatio venditoris & emtoris ad præſtandam culpam levem civilis eſt, denn ſie kömmt aus dem bürgerlichen Rechte her. Hingegen iſt die Verbindung des Verkäuffers, daß er die ſchadhafte Sache wieder nehme, und das Kauf-Geld herausgebe, eine obligatio prætoria, weil ſie aus dem edicto Prætoris entſpringet.

§. 771. 772. Hier folget die dritte Eintheilung, daß nemlich einige Verbindungen unmittelbar aus der natürlichen Billigkeit herkommen: andere aber mittelbar aus einem facto obligatorio entſtehen. Unmittelbar entſtehet eine Verbindung aus der natürlichen Billigkeit, ſo oft ich etwas aus dieſem principio fordern kan, quod tibi non nocet, & alteri prodeſt, ad id ea obligatus. Daher iſt z. E. ein Beſitzer einer Sache ſchuldig, ad rem domino exhibendam, und dieſes aus angeführter Regel, obgleich kein factum obligatorium vorhergegangen iſt. Hingegen wo die Verbindung aus einem facto entſpringet, da iſt das factum entweder erlaubet, oder unerlaubet. Factum licitum beſtehet in conſenſu, illicitum in delicto. Und daher entſtehet eine neue Eintheilung der Verbindung, quod ſcilicet alia obligatio naſcatur ex conventione, alia ex delicto, von welchen letztern wir unten (*Lib. IV.*) handeln wollen: da iezo hier nur von den conventionibus ſoll geredet werden.

§. 773.

§. 773. Hier wird gefraget, quid ſit conventio? Wir antworten darauf: conventio, quæ in iure noſtro etiam pactio, ſeu pactum dicitur, eſt duorum vel plurium in idem placitum conſenſus de dando aliquo, faciendo, vel præſtando. Wir ſagen, es ſey conventio conſenſus duorum vel plurium, weil z. E. bei der Societät hundert und mehrere zuſammen treten nnd paciſciren können. Wir ſagen ferner, in idem placitum, weil, ſo lange als ſie mit einander noch nicht einig ſind, die Sache noch, wie wir heut zu Tage reden, in Traktaten beſtehet. Endlich ſetzen wir hinzu, de dando aliquo, faciendo, vel præſtando. Hierbei müſſen wir erinnern, daß ſub adfirmatione auch die negatio enthalten ſey. Denn es giebt viele pacta, welche de non dando, vel non faciendo geſchloſſen werden, die man remiſſoria nennet, z. E. wenn mein Gläubiger mir verſpricht, daß er die Schuld nicht fordern wolle; mein Nachbar ſich verbindlich machet, er wolle ſein Haus nicht höher bauen, als es iſt.

§. 774=776. Conventio wird ferner eingetheilet in contractum & pactum. Der Urſprung dieſer Eintheilung iſt allein in den Römiſchen Rechten gegründet, nach welchen die pacta keine actiones hervorbrachten, ſondern nur die contractus. Viele verwundern ſich darüber, und beklagen ſich deswegen über die Untreue der Römer, daß dieſelbigen gegen alle Rechte den pactis die Verbindung entzogen haben. Allein dieſe Leute thun einem ſolchen klugen Volcke, als die Römer waren, das höchſte Unrecht. Denn bei den Römern wurde gar nicht gelehret, daß die pacta nicht zu halten, ſondern ſie hielten vielmehr denjenigen für einen böſen und gottloſen Menſchen, welcher die pacta nicht beobachtete, welches man aus SENECA *de Benefic. lib. V.* c. 24. ſattſam erſehen kan. Daß ſie aber aus den pactis keine actiones gegeben haben, kömmt daher, weil die Menſchen gemeiniglich vorgeben, daß ſie nicht im Ernſt geredet, ſondern geſcherzet haben. PLAVTVS *in Aulular. Act. II. Scen. II. v.* 81.

- - *At ſcio, quo vos pacto ſoleatis perplexarier.*

Pactum non pactum eſt, non pactum pactum eſt, quod vobis lubet.

GERARDVS NOODT *de pact. & transact.* p. 678. ſeqq. Damit nun die Leute ſich nicht mehr damit entſchuldigen möchten, ſo verordneten die Römer, ut fides civium non in pactis, ſed in contractibus conſiſtat. GELLIVS *lib. XX. Noct. Attic* c. 1. Dieſes hieß ſo viel, daß die Leute nicht mehr ſagen könten, daß ſie im Ernſt nicht conſentiret hätten, wurden die ſtipulationes ſolemnes eingeführet, und wenn dieſe waren beobachtet worden, entſtund eine vollkommene Verbindung. Wie dieſes EMVNDVS MERILLIVS *lib. VII. Obſerv.* c. 38. gar artig gezeiget hat. Allein wie unterſcheiden ſich die pacta von den con-

tra-

tractibus? Es hat schon längst CUJACIUS dieses *lib. II. Observ.* c. 15. gezeiget, allwo er anmercket, daß die wahrhafte und ächte Definition in L. 7. §. 1. 2. D. *de Pactis* verborgen liege. Nemlich contractus est conventio, quæ habet vel nomen vel causſam. Daher können wir sagen: Pactum est conventio, quæ nec nomen, nec causſam habet. Diese definitiones zu verstehen, muß man wissen, quid sit nomen? quid sit causſa? Nomen heisſet hier eiusmodi vocabulum, quod producit actionem eiusdem nominis. Causſa aber heisſet aliquid præsens & civiliter obligans. Z. E. Emtio venditio hat certum nomen, weil daraus die actio emti venditi, welche eben den Namen hat, wie der Contrakt, entstehet. Also hat auch eine stipulatio ein nomen & causſam. Ein Nomen, weil daraus die actio ex stipulatu entstehet: causſam, quia accessit solemnitas verborum, cui leges vim obligandi tribuunt. Hingegen eine donatio hat weder nomen noch causſam, weil nicht die actio donati gegeben wird, es ist auch nicht aliquid præsens & civiliter obligans hier vorhanden. Daraus kan man nun sehen, daß diejenigen irren, welche einen andern Unterschied der pactorum und contractuum angeben, da sie sagen, ein pactum handelt von einer Sache, welche nicht in commercio ist, hingegen contractus handelt von einer Sache, welche in commercio ist, welche Meinung Pufendorf heget. Allein es ist dieses nicht alzu richtig geredet. Denn wenn ich einem ein Buch schencke, so ist es eine donatio, welche nach den Römischen Rechten ein pactum war, und doch ist die Sache in commercio. Andere sagen, wenn etwas versprochen würde ohne Solennitäten, das wäre ein pactum, hingegen, wenn Solennitäten dazu kämen, wäre es ein contractus. Wir haben gar nicht nöthig, diese ungegründeten Meinungen anzunehmen, indem wir nach Anleitung CUJACII davon eine bessere gegeben haben.

§. 777. Die von den contractibus unterschiedene pacta werden wieder eingetheilet, in nuda & non nuda, oder wie die Glossatores sagen, vestita. Nuda pacta sunt, quæ in nudæ conventionis vel placiti finibus consistunt, nec obligationem civilem, nec actionem ullam producunt. Non nuda, quæ producunt aliquam actionem, quamvis non sint contractus. Also waren die sponsalia, welche ohne stipulation gemachet worden, ein pactum nudum, weil solches weder eine Verbindung noch action hervorbrachte. Aber, wenn eine donatio geschehen ist, so entstehet daraus eine actio, und daher muß die donatio ein pactum non nudum seyn. Daß im übrigen einige pacta non nuda seyn, und sowol eine Verbindung, als auch Klage hervorbringen, das geschiehet deswegen, weil einigen das Gesätz, einigen der Prætor Beistand leistet. Diejenigen, welchen das Gesätz beistehet, werden pacta legitima genennet, und aus denselben entstehet die condictio ex L. 35. *Cod. de donat.*

Wel-

Digitized by Google

Welchen der Prætor Beiſtand leiſtet, die werden prætoria genennet, welches zwei ſind, nemlich hypotheca, L. 17. §. 2. *de pactis*, und conſtituta pecunia, L. 1. D. *de pecun. conſtit.* Endlich werden diejenigen pacta, welchen der Contrakt beiſtehet, adiecta genennet. Wenn dieſe gleich in continenti hinzugeſetzet werden, z. E. pactum protimiſeos, addictio in diem, lex commiſſoria, pactum de retrovendendo: ſo hat man die actiones ex contractu. Wenn aber ein pactum einem contractui ſtricti iuris hinzugeſetzet wird, und dieſes iſt nicht in continenti geſchehen: ſo bringet dieſes nur eine Ausflucht zu wege, nicht aber eine Klage L. 7. §. 5. 6. D. L. 13. *Cod. de pactis.*

§. 778. Dieſes mag von den pactis genug ſeyn. Weil dieſen die contractus entgegen geſetzet werden: ſo haben wir hier zu mercken, daß die contractus in veros und quaſi contractus eingetheilet werden. Den Grund dieſer Eintheilung ſehen die wenigſten Juriſten ein, und dahero ſagen einige, ein quaſi contractus entſtunde ex tacito conſenſu, gleichſam als ob tacitus conſenſus nicht ein verus conſenſus wäre. Andere ſagen, es entſtünden dieſelben ex variis cauſſarum figuris. Allein dieſe Worte, welche in L. 1. D. *de Oblig. & act.* vorkommen, ſind ſo dunckel, daß man nicht weiß, was man dazu ſagen ſoll. Andere definiren den quaſi contractum alſo, quod ſit obligatio nec ex contractu, nec ex debito nata. Allein dieſe Definition iſt aus dem *princ. Inſt. de oblig. quæ ex contract. naſc.* genommen, und iſt negativa, dahero eben ſo dunckel, als das definitum. Es würde auch daraus folgen müſſen, daß alle pacta legitima quaſi contractus wären. WESTENBERG *in Princip. Iur. de pactis* §. 54. Wir ſagen, ein ieder Contrakt gründet ſich auf den conſenſum: nun iſt aber conſenſus vel verus vel fictus ſive præſumtus. Ex vero conſenſu entſtehen veri contractus; ex conſenſu præſumto vel ficto entſtehen die quaſi contractus. Damit wir aber nicht etwa dencken mögen, als ob die Geſätze ohne Urſache fingiren, daß einer in etwas willige, welcher doch nicht einwilliget: ſo ſind hier vornemlich drei Regeln der natürlichen Billigkeit zu mercken, aus welchen dieſer conſenſus geſchloſſen wird. 1) Nemo cum alterius damno locupletior fieri debet. 2) Qui vult, quod antecedit, velle etiam cenſetur, quod ſequitur. 3) Quisque probare videtur id, quod utilitatem ſuam promovet. Daher diejenigen gar gewaltig irren, welche alle fictiones und allen conſenſum præſumtum aus der Rechtsgelahrtheit verweiſen wollen. Weil dergleichen etwas ungerechtes in ſich hielte. Allein wir haben eben ietzo gezeiget, daß dieſer præſumtus conſenſus ſich in den Regeln der geſunden Vernunft gründe, daß niemand ſich mit eines andern Schaden bereichern müſſe. Es iſt dieſes wider TITIVM zu mercken, deſſen Sachen hernach HOMEISEL *in programm. de fictionibus iuris* von neuen wieder aufgewärmet hat.

§. 779 Die veri contractus ſind vel nominati, vel innominati. Nominati haben ein nomen und cauſſam, und bringen dahero allezeit eine Klage gleiches Namens hervor. Innominati haben zwar auch eine cauſſam, aber kein nomen, und dahero bringen ſie keine Klage gleiches Namens hervor, ſondern es entſtehet daraus eine Haupt Klage præſcriptis verbis. Es möchte hier iemand einwenden, daß ja aus dem contractu æſtimatorio, welcher doch gleichwol ein contractus innominatus ſey, die actio æſtimatoria entſtehe. Allein aus dem L. 1. *princ.* D. *de æſtimat.* erhellet, daß der ächte Nahme dieſer Klage die actio præſcriptis verbis iſt, welches auch von der permutatione zu mercken, L. 1. §. 1. D. *de rerum permutat.* Wir haben aber vier contractus innominatos, 1) do, ut des, welches ſonſt auch permutatio, und bisweilen contractus æſtimatorius genennet wird. 2) Do, ut facias, 3) facio, ut des, 4) facio, ut facias. Wenn iemand ſolte einwenden, daß man ja dieſen Namen allen contractibus nominatis beilegen könne, indem die emtio venditio ſo viel, als do, ut des, die locatio operarum nichts anders, als der contractus innominatus, facio, ut des, wären. Allein wir antworten darauf, daß inter contractus nominatos & innominatos auch dieſer Unterſchied ſey, daß in ienen baares Geld ſeyn muß, in dieſen aber auch andere Sachen auſſer den Gelde gegeben werden, oder wenn ja Geld gegeben wird, ſolches doch nicht per conventionem iſt beſtimmet worden, und überdem kein Lohn iſt, ſondern ein honorarium. Wenn ich dahero ſage, ich gebe dir Geld, daß du mir das Buch geben ſolſt: ſo iſt dieſes eine emtio venditio. Wenn wir uns aber miteinander ſo vergleichen, daß ich ſage, ich gebe dir dieſes Buch, daß du mir dafür ein anders geben ſolſt: ſo iſt dieſes ein contractus innominatus, do, ut des. Alſo auch, wenn der Schneider ſaget, er wolle mir für ſo und ſo viel Geld ein Kleid verfertigen: ſo iſt alsdenn dieſes eine locatio operarum. Hingegen, wenn ein Profeſſor ſaget, ich will ein Collegium leſen, für welches mir ein ieder 12. Thaler zahlen ſoll: ſo iſt dieſes ein contractus innominatus.

§. 780. Weil nun alle contractus eine gewiſſe cauſſam haben müſſen, das iſt, aliquid præſens, ex quo ſecundum leges obligatio naſcitur (§. 773.); ſo entſtehet die Frage: quænam ſunt iſtæ cauſſæ? Wir antworten darauf, daß deren viere ſeyn, nemlich α) rei traditio, β) verba ſolemnia, γ) litteræ, & δ) conſenſus. Denn es wird hier allezeit auf dasjenige geſehen, welches den Contrakt zu ſeiner Richtigkeit bringet, und dahero werden die contractus, welche per rei traditionem ihre Vollſtändigkeit erhalten, contractus reales genennet, welche ſind mutuum, commodatum, pignus, depoſitum. Welche durch verba ſolemnia zu ſtande kommen, die heiſſen verbales, wovon heut zu Tage die ſtipulationes, dictio dotis, promiſſio operarum nicht mehr üblich ſind.

ſind. CAP. *Inſtit. Lib. II. Tit. IX.* §. 3. Welcher contractus per litteras ſolemnes ſeine Vollſtändigkeit erhielte, ſolcher hieſſe contractus litteralis, welchen der Keiſer *Iuſtinianus* die heutige Form gegeben hat. Endlich, wo der conſenſus alleine hinlänglich iſt, den Contrakt ſeine Gültigkeit zu geben, da werden dieſe contractus conſenſuales genennet, deren wir fünfe haben, nemlich a) emtio venditio, b) locatio conductio, c) ſocietas, d) mandatum und e) emphyteuſis, welche letztere der Keiſer Zeno dazu geſetzet hat.

§. 781. Jetzo iſt noch die letzte Eintheilung übrig, daß einige contractus unilaterales, andere bilaterales ſeyn. Es bekommen dieſelben aber nicht ihre Namen von den contrahirenden Perſonen (den auf ſolche Art müſten alle contractus bilaterales ſeyn), ſondern von derjenigen Perſonen, welche ſich verbindlich machen. Wenn dahero beede Contrahenten ſich wozu verbindlich machen, ſo iſt der contractus bilateralis: wenn nur eine contrahirende Perſon verbunden wird, ſo iſt es ein contractus unilateralis, z. E. in emtione venditione werden beiden Contrahenden verbunden, weil es ein contractus bilateralis iſt: hingegen in mutuo wird nur der creditor verbunden, weil es ein contractus unilateralis iſt. In unſern Rechten werden die contractus unilaterales ſtricti iuris, die bilaterales aber bonæ fidei genennet. Es iſt dieſes nicht alſo zu verſtehen, als ob bei den contractibus ſtricti iuris bona fides nicht erfordert werde, ſondern der Verſtand iſt dieſer, daß in den contractibus ſtricti iuris nicht mehr konte gefordert werden, als war verſprochen worden. Hingegen konte in contractibus bonæ fidei auch auf dasjenige gedrungen werden, welches nicht war verſprochen worden, wenn es nur die natürliche Billigkeit erforderte. Z. E. Bei einem mutuo können keine uſuræ gefordert werden, wenn ſie nicht verſprochen ſind, weil dieſes ein contractus ſtricti iuris iſt; aber bei der emtione venditione muß der Käufer auch die Zinſen propter ſolam moram zahlen, weil es ein contractus bonæ fidei iſt. Es ſind aber dieſe Dinge durch die Reichs-Abſchiede, und ſonderlich durch den Reichs-Abſchied vom Jahr 1600. §. 139. aufgehoben worden.

§. 782. Hieraus erhellet nun, warum aus einigen Contrakten zwo actiones entſpringen, bei andern aber ſich nur eine findet. Denn weil in den contractibus bilateralibus alle beede Contrahenten verbunden werden: ſo müſſen nothwendig auch zwo actiones vorhanden ſeyn, wodurch beede können gezwungen werden, dasjenige zu erfüllen, was ſie zu thun ſchuldig ſind. Hingegen weil z. E. in mutuo der Gläubiger zu nichts verbunden wird, ſondern die Verbindlichkeit ſich nur bei dem Schuldner findet, ſo kan alsdenn aus dieſem Contract nur eine eintzige Klage entſpringen, nemlich condictio certi ex mutuo. Die beeden actiones, welche aus den Contractibus bilateralibus entſpringen, ſind entweder beede directæ, oder eine iſt di-

recta, die andere contraria. Utraque directa est, quoties vtriusque obligatio statim ab initio ex ipso contractu oritur. Vna directa, altera contraria est, quoties vnus contrahens ex ipso contractu, alter ex post facto obligatus est. E. gr. Bei der emtione venditione werden beede Contrahenten gleich vom Anfang des Contrakts verbunden, und daher hat man actiones emti & venditi, welche directæ seyn. Aber bei dem mandato wird der mandatarius zwar aus dem Contrakt selbst, und zwar gleich vom Anfang an, verbunden: aber bei dem mandante findet sich keine Verbindung, als welche erst ex post facto angehet, nemlich wenn der mandatarius Unkosten gemachet, oder einen Schaden gelitten hat. Daher ist die actio contra mandatarium directa, contra mandantem contraria. Von den contrariis actionibus haben wir nun eine einzige Regel: omnis actio contraria datur ad indemnitatem.

§. 783. 784. In der Lehre de contractibus kömmt eine schöne Frage de resarciendo damno vor: Da aber dieselbe gar subtil ist: so geschiehet es auch, daß die Rechtsgelehrten hier ziemlich verstossen. Doch hat der Herr von COCCEII in diss. *de Culpis præstandis* ein schönes Licht aufgestecket, welches einen nicht leichtlich wird irren lassen. Wir wollen ohne weitern Umschweif zur Sache selbst gehen, da denn zu mercken ist, daß damnum heisse, quidquid diminuit patrimonium nostrum. Dieses kan geschehen entweder dolo, culpa oder casu. Es geschiehet dolo, wenn einer solches ex proæresi wohl a Dessein thut. Culpa geschiehet, wenn einer etwas aus Nachläßigkeit oder Unverstand versiehet: und endlich casu, wenn der Schade von einem Vorfall entstehet, welchen keine menschliche Gewalt hat vorausſehen, oder verhindern können.

§. 785. Dolus est omnis calliditas, fallacia, machinatio ad decipiendum, fallendum, circumveniendum alterum adhibita. L. 1. § 2. D. *de dolo.* Von dem dolo ist nur eine einzige Regel zu mercken, illum semper & in omni contractu esse præstandum. Dieses ist so richtig, daß wenn auch gleich die Contrahenten mit einander sich verglichen hätten, daß niemand den dolum præstiren solle: so würde doch ein solcher Vertrag keine Gültigkeit haben, weil dadurch der andere würde angelocket werden zu sündigen. L. 22. D. *de Regul. Iur.* Ja in einigen Contractibus ist es nicht genug, wenn einer den dolum über sich nehmen will, sondern er wird noch überdem an seinen Ehren anrüchtig, welches in mandato, tutela, societate und deposito geschiehet. L. 1. D. *de his qui not. infam.* Die Ursache, warum dieses geschiehet, lieget darin, weil allein diese Contrakte nur mit Freunden geschlossen werden, auf welche man ein grosses Vertrauen setzet: hingegen die andere Contractus werden auch mit extraneis eingegangen. Quid vero turpius est, quam amicum ab amico suo specie amicitiæ circumveniri? CICERO *Pro S. Rosc. Ameri-*

Amerino c 6. ſaget davon: *Si qua ſunt privata iudicia ſummæ exiſtimationis & pæne dicam capitis, tria hæc ſunt fiduciæ*, (ſub quo vocabulo depoſitum & mandatum comprehendit) *tutelæ, ſocietatis.* Von dem caſu iſt dieſe Regel zu mercken, caſum nemo præſtat l. 2. 3. D. *de Regul Iur.* Denn wer wolte einen Menſchen dasjenige zurechnen, welches von der Göttlichen Vorſehung abhänget. Es kan aber bisweilen auch geſchehen, daß einer vor den Caſum ſtehen muß, nemlich, 1) wenn einer denſelben freiwillig über ſich nimmt; 2) wenn er in mora tradendi oder reſtituendi iſt: und 3) wenn er durch ſein Verſehen zu dem fatalen Zufalle Gelegenheit gegeben hat. Dieſe Ausnahmen ſetzen die Rechtsgelehrten hinzu, obgleich, wenn wir die Wahrheit bekennen wollen, in dieſen dreien Fällen kein caſus, ſondern nur die culpa geleiſtet wird.

§. 786. 787. Bei der culparum præſtatione kommen ſchon mehrere verworrene Sachen vor. Culpam enim iurisconſulti veluti ad menſuram exigunt, & aliam latam, aliam levem, aliam leviſſimam eſſe dicunt. Der Grund dieſer Eintheilung iſt die diverſitas der patrum familias. Es giebt Eucliones, Ertz-Geitzhälſe, welche nicht eher ruhen können, bis ſie alle Riegel und Schlöſſer an den Häuſern betaſtet, und geſehen haben, ob alles zugeſchloſſen iſt. Wenn ſich ein Mäusgen reget, ſo horchen ſie gleich hoch auf, und dencken, es ſind Diebe vorhanden, welche ihnen ihren Mammon promoviren wollen. Welche nun dieſen Fleiß nicht beobachten, von denjenigen wird geſaget, daß ſie culpam leviſſimam begehen. Es giebt ferner patres familias, welche lucker leben, und deren ſymbolum iſt: alles verfreſſen und verſoffen vor ſeinem End, macht ein richtig Teſtament. Diejenigen, welche nicht einmal ſolchen Fleiß anwenden, als dieſe luckern Paſſagiers thun, begehen culpam latam. Endlich giebt es auch patres familias, welche gute Haushälter, frugales, parci, nicht aber avari ſeyn. Welche nun nicht einmal ſolcher Leute ihren Fleiß anwenden, die begehen culpam levem.

§. 788. Dieſes ſind die definitiones, und wenn man dieſe wohl verſtehet: ſo iſt man im Stande auch die Regeln de culparum præſtatione gar leichte zu verſtehen. Dieſes aber ſind folgende: 1) vbi penes vnum commodum eſt, penes alterum ſolum incommodum: ibi ille culpam leviſſimam, hic latam præſtat. Zum Exempel in depoſito præſtiret der deponens culpam leviſſimam. Warum dieſes? Antwort, weil er allen Vortheil ziehet. Der Depoſitarius aber præſtiret nur culpam latam, weil derſelbe nur allein die Laſt träget. 2) Vbi par vtriusque contrahentis eſt commodum & incommodum, ſibi invicem præſtant culpam levem, wovon ſich die Exempel bei der locatione conductione, ſocietate und pignore antreffen. 3) Qui ſe ſua ſponte contractui obtulit, in quo maxima requiritur diligentia, is merito

culpam leviſſimam præſtat, wovon ſich ein Exempel bei der negotiorum geſtione findet. 4) Qui alteri rem obtulit ſponte, is non poteſt niſi culpam latam exigere: und davon findet ſich ein Exempel bei dem precario.

§. 789. Diß war geredet de obligationibus in genere, und wenn man ſich dieſes wohl faſſet, ſo ſind alle Stücken bis zu dem Ende ſehr klar und deutlich. Weil nun aber in den *Inſtitutionibus* von den contractibus innominatis nicht gehandelt wird; ſo folgen die contractus nominati, und weil dieſelben in reales, literales, verbales und conſenſuales getheilet werden: müſſen wir in dem folgenden Titel von den contractibus realibus handeln.

Tit. XV.

Quibus modis re contrahitur obligatio.

§. 790.

Wir kommen in dieſem §pho auf die erſte ſpeciem der contractuum nominatorum, nemlich auf die reales, obgleich alle obligationes aus den contractibus innominatis, ia auch aus den delictis ex re entſtehen. L. 4. D. *de Oblig. & Action.* Wir nennen aber die contractus reales, welche nicht eher richtig ſind, auch nicht eher eine Verbindung hervorbringen, bis die Uebergebung erfolget iſt. Dieſe Sache wird in L. 68. D. *de verbor. oblig.* gar ſchön erläutert. Denn da einer verſprochen hatte, daß er den andern Geld leihen wolte: ſo entſtunde aus dieſen Verſprechen keine condictio certa ex mutuo, weil die Uebergebung, d. i. die Zahlung des Geldes, noch nicht übergeben war.

§. 791 Die contractus, qui re ineuntur, ſind aus den nominatis folgende α) mutuum, β) depoſitum, & γ) pignus. Wir haben geſa', daß dieſe contractus aus den nominatis ſeyn, denn oben iſt gemeldet w den, quod innominati omnes re ineuntur. Es würde dahero kein contractus innominatus ſeyn, wenn man ſagen wolte, dabo, ut des, vel facias: und dahero ſiehet man offenbar, quod iſti contractus re ineantur.

§. 792. Der erſte contractus realis iſt mutuum, welches in den Pandekten res credita genennet wird, da doch Vlpianus in L. 1. D. de reb. cred. die Anmerckung machet, daß alle contractus res creditæ können genennet werden. Die definition dieſes contractus iſt gar leichte, und wir ſagen, mutuum eſt contractus, quo res fungibilis in alicui datur, ut eius fiat, & is quandoque tantumdem in

in eodem genere reſtituat, *princ. Inſt. h. t.* In unſern Rechten wird geſaget, daß das mutuum daher benennet worden, quaſi ex meo fiat tuum, welche Ableitung, obgleich dieſelbe falſch iſt, doch lehret, daß die alten Rechtsgelehrten dafür gehalten haben, daß in mutuo ein dominium transferiret werde. RITTERSHVSIVS *ad Inſt. h. t.* p. 406. Und eben dieſes haben wir in der definition geſaget, wenn da ſtehet, ut eius fiat. Wir haben ferner gemeldet, daß dieſer contractus mit rebus fungibilibus zu thun habe. Res fungibiles ſind ſolche Sachen, welche nach der Zahl, Gewicht und Maas verkaufet werden. Wenn alſo eine res non fungibilis übergeben wird: ſo kan man dieſes kein mutuum nennen. Wir haben ferner geſaget, daß die übergebene Sache demjenigen zugeeignet werde, welcher dieſelbe empfänget, wodurch ſich das mutuum von dem commodato unterſcheidet. Denn in dem mutuo wird der Gebrauch einer Sache zugeſtanden, und in dem depoſito wird nur einem die Verwahrung der Sache aufgetragen. Letzlich haben wir dazu geſetzet, daß der Schuldner tantumdem in eodem genere wiederge-ben müſſe, wobei zu mercken, daß tantumdem eben ſo viel iſt, als idem. Hierin unterſcheidet ſich das mutuum wieder von allen contractibus realibus, nemlich von dem commodato, depoſito und pignore, in welchen idem in ſpecie muß wieder gegeben werden.

§. 793. Daraus können nun leichtlich folgende axiomata gezogen werden, 1) ut mutuum non ſit, niſi pecunia, vel res fungibilis alia, ſaltim brevi manu traditur. Wir ſagen, rem ſaltim eſſe tradendam brevi manu, wovon wir ein Exempel in L. 11. *princ.* D. *de reb. cred.* haben, alwo geſaget wird, wenn einer Geld deponiret hat, und erlaubet, daß man ſich deſſelben bedienen ſolte, wenn man wolte: ſo würde es ein mutuum, ſimulac pecunia mota eſſet, werden. 2) Vt mutuum ſit alienatio, & rei fungibilis dominium transferatur in debitorem, §. 2. *Inſtit. quib. al. lic. vel non.* L. 2. §. 2. L. 16. L. *penult.* D. *de reb. cred.* Dieſes iſt zu mercken gegen CLAVDIVM SALMASIVM welcher gegen DESIDERIVM HERALDVM, CYPRIANVM REGNERVM ab OOSTERGA FABROTTVM, und WISSENBACHIVM geläugnet hat, daß ein mutuum eine Veräuſſerung ſey, theils, weil das geborgte Geld æs alienum genennet würde, theils, wegen des L. 55. D. *de Solut.* Allein SALMASIVS, der mit den Rechtsgelehrten beſtändig etwas zu krickeln gehabt, hat die Sache hier ſchlecht getroſen. Denn der angeführte Text handelt von dem commodato, nicht aber von dem mutuo. Hernach lehret auch die Sache ſelbſt, daß der Schuldner mit der geborgten Sache frei ſchalten, dieſelbe von einem ieden Beſitzer vindiciren kan, und auch vor die Gefahr ſtehen muß: dahero muß er nothwendig auch Herr von der geborgten Sache werden. Und wenn das mutuum æs alienum heiſſet: ſo wird daſſelbe mit dieſen Namen nur in dieſer

ſer Abſicht benennet, weil es nicht einen Theil des patrimonii ausmachet. Dazu kömmt noch, daß L. 16. D. *de reb. cred* L. 91. D. eod. ſolches ausdrücklich ſagen.

§. 794. 796. Sowol aus dem erſten, als auch aus dem letzten axiomate fliessen alle Rechte des mutui. Denn 1) wenn gefraget wird: quis poſſit mutuum dare? ſo antworten wir, quicunque poteſt alienare, is etiam poteſt mutuum dare. Daher kan ſolches kein pupillus thun, welcher weder etwas geben, noch etwas gezahlet in Empfang nehmen kan. Alſo kan auch keine res aliena gegeben werden, weil man dieſelbe nicht veräuſſern kan, L. 11. §. ult. D. *de reb. cred.* 2) Fraget man, quæ obligatio inde naſcatur? ſo dienet darauf zur Antwort, daß die Sache ſolches ſelbſt lehre. Denn das mutuum iſt ein contractus unilateralis, und daher wird nur der einzige Schuldner verbunden, und zwar alſo, daß er die Sache in eodem genere reſtituiren muß. 3) So kan auch leicht die Frage beantwortet werden, an poſſit ita conveniri, ut plus ſolvatur, quam datum eſt? Dieſes wird billig geläugnet, und zwar aus dieſer Urſache, quia ex re naſcitur obligatio. Daher ſaget der Rechtsgelehrte Paullus in L. 11. §. 1. D. *de reb. cred.* *Re non poteſt obligatio conſtitui, niſi qua prius datum eſt: quo minus autem detur, quam datum eſt, nil obſtat, quia unicuique licet rem ſuam donare.* 4) Hieraus kan man auch erſehen, wie es gehalten werde, wenn etwa der Werth des Geldes verändert wird. Hierbei hat man zu mercken, daß man auf die Zeit, da der Contrakt geſchloſſen worden, ſehen müſſe. Und da muß alsdenn ſo viel wieder gegeben werden, als die Summe nach den heutigen Gelde ausmachet. Wenn dahero 1000. Meißniſche alte Gulden, deren einer 18. Groſchen heut zu Tage gilt, gegeben worden ſind, ſo müſſen ietzo für einen ieden wieder 18. Groſchen gezahlet werden, welches auch, wie GAILIVS *lib. II. Obſerv.* c. 73. bezeuget, bei dem Reichs-Cammer-Gerichte beobachtet wird. Es iſt noch übrig, daß wir die Klage betrachten, welche aus dieſem Contrakt entſtehet, weil dieſer ein contractus nominatus iſt: ſo iſt auch die Klage gleiches Namens, und wird actio mutui in L. 5. *Cod. quib. non obiic. long. temp. præſcript.* genennet: wie ſie denn auch condictio certi ex mutuo heiſſet. Es kan dieſelbe der Gläubiger gegen den Schuldner anſtellen, damit er die Sache in eodem genere wieder gebe. Hierbei aber entſtehet die Frage, ob dieſe Klage nicht auch auf die Zinſen gehe? Denn nach den Römiſchen Rechten machet man einen Unterſchied, ob Zinſen verſprochen worden, oder nicht. Iſt das erſtere: ſo können dieſelben nicht durch die condictionem certi ex mutuo gefordert werden, ſondern es muß dieſes ex ſtipulatu geſchehen. Im letzten Falle können gar keine Zinſen gefordert werden, weil das mutuum ein contractus ſtricti iuris iſt, aus welchen

chen nichts kan gefordert werden, als welches ausdrücklich iſt verſprochen worden. Ja wenn auch ein pactum zu dieſen Contrakt hinzugeſetzet worden, daß die Zinſen ſollen gezahlet werden: ſo kan doch daſſelbe keine Verbindlichkeit zuwege bringen, weil die pacta, wenn ſie den contractibus bonæ fidei beigeſetzet werden, eine Klage zuwege bringen, ſolches aber bei den contractibus ſtricti iuris nicht angehet. L. 7. *de pact.* Allein heut zu Tage zweifelt niemand mehr daran, daß auch die Zinſen, ob ſie gleich nicht verſprochen worden, ex ſola mora können geſuchet werden, weil der Unterſchied inter contractus bonæ fidei zwar in theoria ſeinen guten Nutzen hat, aber in praxi gar nicht beobachtet wird.

§. 797. 799. Jetzo folget der zweite contractus, qui re initur, nemlich commodatum, welches in den meiſten Sprachen mit dem mutuo verwechſelt wird. Die Teutſchen drücken mutuum und commodatum durch das Wort leihen aus: die Römer aber beobachteten hierin einen gar richtigen Unterſchied. Dieſelben ſagten, commodatum eſt contractus, quo res non fungibilis gratis utenda ita tradītur, ut finito uſu eadem ſpecies reſtituatur, §. 2. *Inſt. h. t.* Alſo unterſcheidet ſich der contractus commodati von dem mutuo darin, daß theils bei dem commodato eine res non fungibilis, in mutuo eine res fungibilis ſeyn muß, theils, daß hier nur der Gebrauch der Sache, dort aber das dominium derſelben transferiret wird. Von dem precario unterſcheidet ſich das commodatum darin, daß bei dieſem die Sache ad certum uſum, bei jenem ad incertum & indefinitum transferiret wird, und daſſelbe allezeit kan wiederrufen werden. Es wird auch das commodatum gar leichte von der locatione conductione unterſchieden, quæ non re initur, ſed conſenſu, quia gratuita eſt. Aus dieſer gegebenen definition flieſſen folgende axiomata: 1) ut commodatum in certum ac definitum uſum detur. Dieſer Gebrauch muß von dem commodante beſtimmet werden, und dem commodatario iſt nicht erlaubet von demſelben abzugehen. Sonſt wenn dieſes nicht wäre: ſo würde es ein precarium ſeyn. Es iſt aber ein precarium, quo res ita datur utenda, ut danti reſtituatur, quandocumque ipſi libuerit. 2) Vt ſi mercedem quis ſtipuletur pecuniariam, commodatum tranſeat in locationem conductionem, §. 2. *Inſt. h. t.* ſin aliam rem, in contractum do ut des, L. 5. D. *de præſcript. verb.* 3) Vt commodum ex hoc contractu ſit penes ſolum commodatarium, incommodum penes commodantem. 4) Vt non, ſicuti in mutuo, transferatur dominium, L. 8. L. 19. D. *de commodat.* Wenn daher der commodans ſeine Sache dem commodatario wegnimmt: ſo begehet er keinen Diebſtahl. CVIACIVS *ad Iul. Paull. Sentent.* Die Urſache aber iſt dieſe, weil in commodato kein dominium transferiret wird. Dieſes gilt ſogar nach Lübiſchen und Hamburgiſchen Rechten, obgleich ſonſt in demſelben die

Riegel angenommen iſt: Hand muß Hand wahren; wo du deinen Glauben gelaſſen haſt, da muſtu ihn wieder ſuchen. Wir beweiſen dieſes daraus, daß der commodatarius weder die fructus rei commodatæ lucriret, noch vor die Gefahr ſtehet, welches doch ſonſt Wirckungen des Eigenthums ſind. MEVIVS *ad Ius Lubecenſe* P. III. *Tit. II. art.* 1. Aus dem erſten axiomate flieſſen folgende Schlüſſe, 1) commodatum ante finitum uſum ordinarie revocari nequit, L. 17. §. 3. D. L. 3. *Cod. Commodat.* Aber dieſes iſt zuverſtehen de iure ſtricto: denn die Billigkeit giebet es, daß wenn der commodans ſeiner Sache ſelbſt benöthiget iſt, derſelbe dem commodatario müſſe vorgezogen werden, argum. L. 3. *Cod. Locat.* So flieſſet auch daraus, 2) daß der commodatarius die ihm gegebene Sache auf keine andere Weiſe brauchen könne, als welche in dem Contrakt verglichen worden: ja es gehet auch nicht einmal an, daß der commodatarius dieſelbe länger gebrauchen kan, als die Abrede geweſen, weil er ſonſt in beeden Fällen ein furtum uſus begehen würde, §. 6. 7. *Inſt. de oblig quæ ex delict naſc.* L. 54. §. 1. D. *de furtis.* Und daß man ehemals hierauf ſehr geſehen und gehalten, ſolches lehret uns das Exempel, welches AVLVS GELLIVS *lib. VII. Noct. Attic.* c. 15. und VALERIVS MAXIMVS *lib VIII* c. 2. erzehlen, da einer ſeinen Freund verklaget, daß er das ihm geleihete Pferd weiter geritten gehabt, als die Abrede geweſen, und darauf dieſer Freund als ein Dieb verdammet worden. Heut zu Tage kan in dieſem Falle ex capite furti nicht geklaget werden, theils, weil wir nicht ſo ſtrenge ſind, theils, weil der Diebſtahl ein crimen publicum iſt, welches mit dem Strange beſtrafet wird.

§. 800. Hernach erlernen wir auch aus der Definition, 3) daß bei dieſem Contrakt kein Lohn ſtatt finden könne. Denn wenn dieſer dazu kömmt: ſo wird es gleich ein contractus locati conducti. Z. E. Wenn mir einer den Gebrauch ſeiner Sache für Geld zugeſtünde: ſo würde dieſes in einen andern Contrakt degeneriren, iedoch, weil ein honorarium kein merces iſt: ſo iſt daſſelbe erlaubet, auch in commodato zu nehmen. Honorarium iſt von dem mercede darin unterſchieden, α) daß dieſer durch ein pactum beſtimmet wird, jenes aber wird freiwillig gegeben. β) Merces findet ſich nur bei den operis illiberalibus, hingegen das honorarium wird in artibus liberalibus, welche keiner Schätzung fähig ſind, gegeben.

§. 801. 802. Aus dem dritten axiomate flieſſet, 4) daß der commodatarius culpam leviſſimam, der commodans aber nur culpam latam præſtiren müſſe. (§. 788 I.) Es kan ſich aber die Sache hier auch anders verhalten, wenn nemlich dieſer Contrakt zu der beeden Contrahenten ihren Vortheile geſchloſſen wird. Z. E. Wenn ich mein Silber Servis meinem Freunde gebe, daß er aus demſelben einen beiderſeitigen Freund traktiren ſoll, da tra-

gen

gen die Contrahenten nur culpam levem. Wenn dieser Contrakt zum Besten des commodantis abgeschlossen wird: so leistet der commodatarius nur culpam latam. Dieses kan geschehen, wenn z. E. der Bräutigam seiner Braut Edelgesteine leihet, damit dieselbe desto geschmükter soll einher gehen. Der erste Fall wird angeführet in L. 18. *princ.* D. *commodat.* der andere findet sich in L. 5. §. 10. D. *eod.* Endlich folget aus dem letzten axiomate, 5) daß der commodatarius nicht den casum fortuitum tragen darf, sondern vielmehr der commodans solchen auf sich nehmen muß. Die Ursache dieses ist theils, weil die Sache ihren Herrn verloren gehet, theils, weil der commodatarius ein debitor speciei ist, welcher sogleich befreiet wird, als die species verloren gehet. Davon aber findet sich doch eine Ausnahme, wenn nemlich die Sache aus Schuld des commodatarii ist verloren gegangen, oder wenn derselbe in Verzug gewesen, die Sache wieder zu geben. Ja er muß auch alle Schuld tragen, wenn er die geleihete Sache geschätzet angenommen hat, L. 5. §. 3. D. *commodat.*

§. 803-805. Es ist nun noch übrig, daß wir die actiones betrachten, welche aus diesem Contrakt entstehen. Weil dieses ein contractus nominatus ist: so hat auch die Klage, die daraus entspringet, ihren eigenen Namen, und wird actio commodati genennet. Weil auch der commodatarius gantz allein, und gleich vom Anfang des Contrakts verbunden wird; die Verbindlichkeit bei dem commodante aber erst ex post facto entstehet: so folget daraus, daß der commodans actionem commodati directam, der commodatarius aber contrariam habe. Actio commodati directa hat der commodans und dessen Erben wieder den commodatarium und dessen Erben, daß sie eben dieselbe Sache nach geendeten Gebrauch cum omni causſa wieder geben, und den Schaden und culpam levissimam gut machen sollen. Diese actio ist civilis, personalis und bonæ fidei, und wenn dieselbe angestellet wird: so muß der commodatarius die Sache an eben dem Orte, wo sie ist geleihet worden, wieder geben, und alle Unkosten tragen. LAUTERBACH *in Colleg. Theoret. pract. Tit. Commodat.* §. 16. Die actio contraria wird von dem commodatario gegen den commodantem angestellet, daß er ihm schadlos halten soll. Dieses aber kan nicht eher angehen, als bis die Sache ist wieder heraus gegeben worden. Denn wenn der commodatarius dieselbe noch nicht wiedergegeben hat: so braucht er keine Klage anzustellen, sondern, wenn er von dem commodante belanget wird, darf er ihm nur exceptionem doli mali opponiren, L. 18. §. *ult.* D. *commodat.* Inzwischen, da er schadlos gehalten wird, hat er unterdessen das ius retentionis, argum. L. 28. D. *de pignorat. act.* Ja, wenn auch die Sache verloren gehet, und den Werth der-

ſelben von ihm gefordert wird: ſo hat er das ius compenſationis, L. 18. §. *ult.* D. *commodat.* L. *ult. princ.* §. 1. *Cod. de compenſ.*

§. 806. Der dritte contractus realis iſt das depoſitum, welches wir alſo definiren: Depoſitum eſt contractus re initus, quo quis alteri rem mobilem ita gratis cuſtodiendam tradit, ut, quandocumque deponenti placuerit, eamdem in ſpecie reſtituat, §. 3. *Inſt. h. t.* Hier iſt vornemlich zu mercken, daß wir eine bewegliche Sache bey dieſem Contrakt erfordern. Denn es kan keine unbewegliche Sache bei einem andern deponiret werden, wie gemeiniglich vorgegeben wird, ſondern wir leihen dieſelbe entweder einem andern, oder tragen ihm auf, daß er die Sache in ſeine Verwahrung nehmen ſoll, L. 86. D. *de verb ſignif.* Bei dieſem Contrakt wird weder ein dominium, noch ein uſus transferiret, ſondern allein die cuſtodia. Wenn dahero dem depoſitario erlaubet geweſen, daß er die rem fungibilem, z. E. einen Eimer Wein, der bei ihm deponiret worden, aufzehren ſollen, und eben ſo viel in eodem genere wiedergeben ſoll, ſo wird alsdenn aus dem depoſito ein mutuum.

§. 807. Die axiomata, welche bei dieſem Contrakt vorkommen, ſind die leichteſten, und folgende. 1) Contractus hic eſt gratuitus. Denn wenn dieſes nicht wäre, ſo würde daraus entweder eine locatio conductio, oder ein contractus innominatus, nemlich do ut des, entſtehen. 2) Eo nec dominium, nec uſus, ſed ſola rei cuſtodia transfertur. Denn wenn dieſes nicht wäre, ſo würde es entweder ein mutuum oder commodatum ſey. Weil wir doch aber die Regel haben, pacta dant legem contractibus; ſo pfleget es öfters zu geſchehen, daß per pacta dem depoſitario entweder das dominium, oder der Gebrauch der Sache zugeſtanden wird. Wenn dieſes iſt: ſo wird alsdenn das depoſitum irregulare genennet, weil daſſelbe entweder in ein mutuum oder in ein commodatum degeneriret. 3) Commodum ex hoc contractu ordinarie ad ſolum deponentem; incommodum ad ſolum depoſitarium redundat, wovon die Urſache darin lieget, weil das depoſitum ein contractus gratuitus iſt.

§. 808. 809. Aus dem erſten axiomate, Contractus hic eſt gratuitus, flieſſen folgende concluſiones; α) depoſitum quoque vel in locationem conductionem, vel in contractum innominatum degenerare poſſe, ſi merces intercedat, L. 1. §. 8. 9. 10. D. *Depoſiti.* Regulariter kan bei dieſem Contrakt kein merces ſtatt finden, obgleich ein honorarium zu nehmen erlaubet iſt. Den Unterſchied inter mercedem & honorarium haben wir ſchon oben angezeiget. So flieſſet auch daraus, β) contractum hunc nonniſi eum amicis, in quorum fide maxima ſpes ſita eſt, iniri, adeoque infamiam mereri, dolum, latamque culpam depoſitarii. L. 1. §. 1. D. *de his, qui not. infam.* §. 2. *Inſt. de pœn. tem. litig.* L. 10. *Cod. Depoſiti* CICERO ſaget dahero *pro* S. *Roſcio Amerino* c. 39.

Tur-

Turpiſſimum eſt, amicum ab amico falli. Jn übrigen haben die Alten gegen diejenigen, welche ein depoſitum abgeläugnet, ſcharf verfahren, auch geglaubet, daß dieſelben deswegen ausgeſchlagen. Daher ſchreibet CASAVBONVS *in Lection. Theocr.* p. 85. *Adparet autem veterum fuiſſe hanc ſuperſtitioſam opinionem, ut eos, quibus in naſo, vel lingua, tubercula, ut fit, aut alia huiusmodi cutis vitia in aliqua eius parte orirentur, putarent, vel mentitos eſſe, vel depoſitum non reddidiſſe.* Ja es ſind die Alten hierin ſo eigen geweſen, daß ſie gemeinet haben, es würde ſo gar hierin der conatus von den Göttern geſtrafet. HERODOTVS *lib. VI.* erzehlet davon ein merckwürdiges Exempel, daß *Glaucus* deswegen mit ſeiner gantzen Familie zu Grunde gegangen, weil er ein depoſitum ſeines Freundes abläugnen wollen, und noch dazu das Oraculum Apollinis darum um Rath gefraget habe. Und IVVENALIS *Sat.* XIII. *v.* 199. ſeqq. erzehlet dieſe Sache in folgenden Verſen:

Spartano cuidam reſpondit Pythia vates,
Haut impunitum quondam foret, quod dubitaret
Depoſitum retinere, & fraudem iure tueri
Iurando: quærebat enim qua numinis eſſet
Mens, & an hoc illi facinus ſuaderet Apollo.
Reddidit ergo metu, non moribus & tamen omnem
Vocem adyti dignam templo, veramque probavit,
Extinctus tota pariter cum prole, domoque,
Et quamvis longa deductis gente propinquis.

Dahero PLINIVS *lib. X. ep.* 97. da er von den Chriſten redet, von ihnen ſchreibet: *Quod mane convenerint ad canendum Chriſto carmen, ſeque ſacramento obſtrinxerint, non in ſcelus aliquod, ſed ne fidem fallerent, ne furtum, nec latrocinia committerent, ne depoſitum abnegarent.*

§ 810. Aus dem zweiten axiomate, eo nec dominium, nec uſus, ſed ſola rei cuſtodia transfertur, flieſſet ferner, γ) depoſitarium furtum uſus commi tere, ſi re depoſita utatur, §. 6. *Inſt. de oblig. quæ ex del. naſc.* δ) Poſſe tamen vel expreſſe, vel tacite ex depoſito fieri ſive mutuum, ſive commodatum. Expreſſe kan dieſes geſchehen, wenn ſich die Parteien alſo verbinden, daß der depoſitarius ſich der Sache, wenn er will, bedienen kan; tacite aber geſchiehet es, wenn eine res fungibilis weder verſchloſſen, noch verſiegelt übergeben wird. Denn alsdenn lehret die Sache ſelbſt, daß der deponens es dabei muß bewenden laſſen, ſi tantumdem in eodem genere recipiat.

piat; weil die res fungibiles nach ihrer Natur und Eigenschaft kein pretium adfectionis zulassen.

§. 811. Endlich schliessen wir aus dem dritten axiomate, 1) daß der deponens ordentlicher Weise culpam leviſſimam, der depoſitarius culpam latam leisten müsse. Es ist doch aber ein Unterschied zu machen, und ist kein Zweifel, daß sich die Sache anders verhalte, wenn der depoſitarius sich dazu freiwillig aufgeworfen hat §. 788. III.), oder, wenn aus dem depoſito ein mutuum gemachet worden, und also der Schuldner Herr von der Sache wird: so muß auch der dominus den caſum über sich nehmen. 2) Es muß aber auch maior culpa præſtiret werden, wenn der depoſitarius in mora reſtituendi geweſen ist, und da kan es auch bisweilen geschehen, daß er den caſum fortuitum tragen muß.

§. 812. 813. Nachdem wir dieſes zum Voraus geſetzet haben: so wollen wir ietzo einige Eintheilungen des depoſiti beifügen. Ein anders ist depoſitum ſimplex, ein anders miſerabile. Jenes haben wir schon oben beſchrieben: dieſes ist, wenn einer wegen Feuers-Gefahr oder Schiffbruch, und überhaupt bei allgemeiner oder beſonderer Noth etwas deponiret. Weil nun nichts schändlichers ist, als daß man einen Bedrängeten noch mehr Bedrängung anlegen soll: so geben die Geſätze zu, daß der deponens in depoſito miſerabili das duplum fordern kan, wenn sich ein dolus des depoſitarii zu Tage leget. Nach den LL. XII. *Tabb.* mochte das depoſitum ſimplex oder miſerabile seyn: so fand allezeit das duplum statt. Denn da hieſſe es: *Si quid endo depoſito dolo malo factum eſcit, duplione luito.* Nachgehends aber kam der Prætor und änderte dieſes, da er ſetzte, daß in depoſito ſimplici nur die actio in ſimplum, in miſerabili aber die poena dupli statt finden solte. Die Worte des edicti Prætoris stehen in L. 1. §. 1. D. *Depoſ.* und lauten also: *quod neque tumultus, neque incendii, neque ruinæ, neque naufragii cauſſa depoſitum ſit, in ſimplum: ex earum autem rerum, quæ ſupra comprehenſæ ſunt, in ipſum in duplum: in heredem eius, quod dolo malo eius factum eſſe dicitur, qui mortuus ſit, in ſimplum quod ipſius, in duplum iudicium dabo.* Das Sequeſtrum, wovon hier auch muß geredet werden, ist zwar ebenfals ein genus depoſiti, iedoch unterscheidet sich daſſelbe von ienem in einigen Stücken gar merklich. Also gehet a) die depoſition nur bei conſentientibus und volentibus an, hingegen die ſequeſtratio geschiehet auch wieder eines ſeinen Willen. b) Das depoſitum findet statt in allen beweglichen Sachen, das ſequeſtrum aber nur in immobilibus, bisweilen auch so gar bei Menſchen. Es kömmt davon ein artiger Fall vor in c. 14. X. *de ſponſal.* da eine Braut, welche zweimal Verlöbnis gehabt, bei einer honeſta matrona soll ſequeſtriret werden, damit ihr währender Klage der eine Bräutigam nicht zu nahe kommen möge.

ge. c) Ferner iſt das depoſitum gratuitum, die ſequeſtrario aber, weil die Verwaltung ſich dabei findet, erfordert ein ſalarium. Es erhellet aber zugleich aus dieſen Umſtänden, daß die ſequeſtratio ordentlicher Weiſe nicht leichtlich ſtatt finden könne. Denn es wird dieſelbe deswegen verhänget, damit der reus den Beſitz einer Sache verlieren ſoll. Es kan alſo dieſelbe nur in dreien Fällen zugelaſſen werden, nemlich α) ſi immineat periculum fugæ, & res ſit mobilis; β) ſi metus ſit armorum, vel γ) dilapidationis bonorum. In iure publico iſt daſſelbe ſonderlich verhaßt, wenn etwa der Keiſer bei ſtreitigen Succeßions-Fällen die ſequeſtration verhängen will, wie wir davon ein Exempel haben, was ſich zu Zeiten des Keiſer Rudolphs II. mit Cleve, Jülich und Bergen ereignet hat. Es iſt dieſes ein auſſerordentliches und dabei verhaßtes Mittel, dazu man nicht leichtlich ſchreiten ſoll. MEVIVS P. I. *Dec.* 167. *n.* 7. Die Richter pflegen ſich hierin gemeiniglich zu vergehen, wenn ſie ſogleich auf eines andern Anrufung das ſequeſtrum decretiren, und zwar unter der gemeinen Clauſel: *periculo petentis.* Dergleichen Sequeſtration iſt den Geſätzen nicht gemäß, und alſo ipſo iure null und nichtig, wie ANTONIVS FABER *in Codice Tit. de Depoſ. def. II. n.* 1. meldet: und MEVIVS P. V. *Dec.* 307. ſaget, daß derjenige von aller Strafe frei ſey, welcher einen ſolchen Richter, der ungerechter Weiſe ein ſequeſtrum verhänget, ſich wiederſetzet. Man fürchtet ſich dabei für den bekannten Teutſchen Sprüchworte: Sequeſter machen leere Neſter. HERTIVS *Vol.* II. *Opuſc. T.* III. p. 441.

§. 814 815. Was die actiones betrift, welche aus dem contractu depoſiti entſtehen: ſo haben wir deren zween, nemlich actionem depoſiti directam & contrariam, welche alle beede perſonales, civiles und bonæ fidei ſeyn. Actionem depoſiti directam ſtellet der deponens gegen den depoſitarium und deſſen Erben an, die rem depoſitam in ſpecie cum omni cauſſa zu reſtituiren, und den Schaden, welcher durch deſſen dolum oder latam culpam verurſachet worden, gut zu thun. Auf die infamiam, welche dem depoſitario ſoll infligiret werden, wird nicht geklaget, weil man vor der Krieges-Befeſtigung noch nicht weiß, ob ein dolus begangen worden: ſondern der Richter thut dieſes hernach von Amtswegen, wenn ſich etwa ein dolus zu Tage leget. Es gehet bei dieſer Klage nicht einmal an, daß die exceptio compenſationis, noch doli mali kan opponiret werden, L. *penult. Cod. depoſ.* L. *ult.* §. 1. *Cod. de compenſat.* So gehet auch nicht an, daß der depoſitarius das ius retentionis in der re depoſita ausüben kan, obgleich die Doctores daſſelbe zulaſſen, wenn der depoſitarius auf die deponirte Sache etwa Unkoſten verwendet hat, L. 11. *Cod. depoſ.*

§. 816. Die actio depoſiti contraria ſtellt der depoſitarius gegen den deponentem und deſſen Erben an, um ſchadlos gehalten zu werden, L. 5. *princ.*

princ. L. 12. L. 23. D. *depoſ.* Bei dieſer actione contraria heiſſet es, wie *Vlpianus* in L. 6. §. 7. D. *de his, qui not. infam.* gar ſchön redet: *res ad calculum tantum redit:* und daher iſt dieſes keine actio famoſa.

§. 817. Eben ſo iſt es auch beſchaffen mit der actione ſequeſtraria, welche gleichfals directa & contraria iſt. Actio ſequeſtraria directa wird von demjenigen angeſtellet, welcher den richterlichen Ausſpruch für ſich hat, gegen den Sequeſter, daß er die ſequeſtrirte Sache wieder heraus geben, und davon Rechnung thun ſoll, L. 5. §. 1. L. 12. §. 2. *depoſ.* L. 9 §. 3. *de dolo.* Wiewol heut zu Tage iſt der Proceß in dieſem Falle mehrentheils ſummariſch; ſintemalen auch mandata ſine clauſula gegen den Sequeſter, welcher in mora iſt, ergehen können, abſonderlich, wenn der Victor Caution beſtellet, daß er den Sequeſter wolle ſchadlos halten. Die actio ſequeſtraria contraria ſtellt der Sequeſter gegen den Victorem an, um ſchadlos gehalten zu werden, und ihm ein Salarium zu geben, weil hier niemand ſeine Dienſte umſonſt zu leiſten pfleget.

§. 818. 819. Hier handeln wir von dem letzten contractu reali, nemlich de pignore. Es hat aber das Wort pignus eine dreifache Bedeutung in unſern Rechten; denn bald bedeutet es die Sache ſelbſt, welche verpfändet worden, bald wird darunter der Contrakt ſelbſt, und bald das Recht, ſo der Gläubiger an der verpfändeten Sache hat, verſtanden. Wenn das pignus als ein ius in re betrachtet wird, ſo entſtehen daraus die actiones reales, nemlich ſerviana, und quaſi ſerviana, oder hypothecaria. Und in dieſem Verſtande wird das Wort pignus genommen in L. 20. D. *de pignorat. actionc.* Von dem Contrakt aber wird das Wort gebrauchet in L. 13. D. *eod.* Derjenige, welcher ein pignus beſitzet, hat nicht nöthig die actionem hypothecariam anzuſtellen, weil er ſchon durch ſeinen Beſitz ſich in ſattſamer Sicherheit befindet. Derjenige aber kan die actionem hypothecariam anſtellen, welchen eine hypothec iſt gegeben worden, obgleich ſonſt inter ius pignoris & hypothecam, quod ad effectum attinet, faſt gar kein Unterſchied iſt. Wenn wir hier von dem pignore reden: ſo verſtehen wir darunter kein ius in re, ſondern vielmehr den Contrakt, wodurch dieſes ius in re eingeführet wird, daher wir von demſelben folgende definition geben: pignus eſt contractus realis bonæ fidei, quo creditori res ita traditur in ſecuritatem crediti, ut ſoluto debito eadem in ſpecie reddatur, §. *ult. Inſt. h. t.* Wir ſagen, es iſt ein contractus realis, weil ſich die Verbindung auf Seiten des creditoris nicht eher anfänget, als bis ihm die Uebergebung des Pfandes geſchehen iſt. Etliche ſagen, daß der contractus pignoris ein contractus conſenſualis ſey, welches ſonderlich der Herr PAGENSTECHER thut, und ſich deswegen auf den L. 1. *princ.* D. *de pignorat. act.* berufet, alwo geſaget wird, *pignus conſtitui etiam nuda conventione &*

ſine

ſine traditione. Allein VLPIANVS redet im angeführten Texte nicht von dem pignore proprie ſic dicto, ſondern von der hypotheca, welche allerdings ohne eine Uebergebung, und nur durch eine bloſſe Convention beſtellet wird. Wenn wir ferner geſaget haben, quo res traditur in ſecuritatem crediti, ſo iſt hierbei zu mercken, quod par ſit utriusque commodum & incommodum. Ferner hat man auch hierbei zu mercken, daß die Pfänder wegen der unendlichen Betrügereien der Leute ſind eingeführet worden. MARTIALIS ſaget davon gar ſchöne:

Quum rogo te numos ſine pignore: non habeo, inquis.
Ideo ſi pro me ſpondet agellus habes:
Quod mihi non credis veteri Theleſine ſodali,
Credis colliculis, arboribuſque meis.

§. 820. Die gegebene Definition kan durch folgende axiomata in ein Licht geſetzet werden. 1) Pignori dari poſſunt res omnes, quæ ſecurum præſtant creditorem, L. 9. §. 2. D. *de pignorat. act.* Es geben aber alle Sachen eine Sicherheit, welche einen Werth haben, und daher können res mobiles, immobiles, corporales, incorporales, propriæ & alienæ verpfändet werden, L. 9. §. 4. L. 22. D. *de pignorat. act.* nur müſſen dieſelben im commercio ſeyn. 2) Ex hoc contractu non uſus transfertur, ſed poſſeſſio & cuſtodia, adeoque traditionem accedere oportet. Unſere alten Teutſchen Rechte gehen davon ſehr ab, denn da nach den Römiſchen Rechten weder ein dominium plenum, noch minus plenum durch ein Pfand transferiret wurde: ſo haben die Teutſchen es hierin gantz anders gehalten, als welche den Pfands-Inhaber das dominium utile zugeſtanden haben, wie dieſes SCHILTER *in Exercit. ad Pandect. h. t.* ausführet. Daher kan man nun auch gar leichte die Urſache einſehen, warum im *Inſtrumento Pac. Weſtphal. Art. V.* §. 9. ſtehet, daß die Pfandſchaften nicht ſollen wieder eingelöſet werden. Von den Reichs-Pfandſchaften haben STRAVCH und GVNDLING in beſondern Diſſertationen *de oppignorationibus imperii* umſtändlich gehandelt, welche davon können nachgeleſen werden. 3) Contractus pignoris in utriusque contrahentis utilitatem comparatus eſt, §. *ult. Inſt. h. t.* L. 5. §. 2. D. *Commodat.* Der Gläubiger hat davon einen Nutzen, weil er durch das Pfand in Sicherheit geſetzet wird, der debitor hat auch einen Nutzen, weil er durch ſein Pfand deſto eher zu Gelde kommen kan.

§. 821. Aus dem erſten axiomate folgern wir, daß können a) res corporales und incorporales, b) mobiles und immobiles verpfändet werden. So gehet dieſes auch an c) mit rebus propriis und alienis. Bei der Verpfän-

dung einer Sache, die mir nicht zugehöret, gilt zwar der Pfand-Contrakt in so weit, daß der Gläubiger gegen den Schuldner klagen kan, entweder ihn schadlos zu halten, oder ein anders Pfand zu bestellen. Aber der creditor kan niemals ein Recht in re aliena erlangen, wenn nicht des Eigenthümers Einwilligung oder ratihabitio hinzukömmt, L. 20. *princ.* D. *de pignorat. act.* Denn wer eine rem alienam verpfändet, der handelt nichts, und begehet noch dazu ein crimen stellionatus, L. 2. D. *de pignorat. act.* d) Es gehet aber nicht an, daß eine Sache, welche nicht in commercio ist, kan verpfändet werden. Also würde es wunderlich herauskommen, wenn einer res sacras, sanctas & religiosas verpfänden wolte. e) Können auch keine res litigiosæ verpfändet werden, L. 1. §. 2. D. *quæ res pign.* L. 3. *Cod. eod.*

§. 822. Aus dem zweiten axiomate schliessen wir ferner, *a)* daß der Gläubiger sich des Pfandes nicht nach seinen Gefallen bedienen könne, wenn nicht das pactum antichreticum dazu gesetzet worden, daß er sich des Pfandes an statt der Zinsen bedienen solle. Denn es kan bisweilen geschehen, das die fructus ex pignore percepti bisweilen in die Schuld selbst mit eingerechnet werden, L. 1. 2. 3. *Cod. de pignorat. act.* Es wird auch vermuthet, daß dieses pactum antichreticum stillschweigend hinzugesetzet worden, wenn der debitor dem creditori eine rem fructuosam an statt des Pfandes übergiebet, und sich weder die fructus vorbehält, noch wieder fordert, L. 8. D. *in quib. mod. pign. tac. contr.* STRYK *in Vſu Mod. Pandect. Lib. XIII. Tit. VII.* §. 4. Es mag aber das pactum antichreticum auf eine Art und Weise, wie es will, hinzugesetzet werden: so dürfen doch die fructus den modum legitimarum usurarum nicht übersteigen, L. 14. L. 17. *Cod. de usur.* Dieses aber ist zu verstehen von dem Falle, wenn die fructus, die ex re oppignorata jährlich gehoben werden, certi sind. Sind aber die fructus nicht certi, so wird ein modicus excessus nicht consideriret, sondern nur, wenn der excessus gar zu groß ist. STRVV *Decis. Sabbath.* c. VII. *dec.* 6. Es müssen dahero die creditores Rechnung von den Einkünften ablegen, und kan ihnen nicht einmal die renunciatio debitoris zu statten kommen. STRYK *de Cautel. Contract. Sect. II.* c. IV. §. 23. Bisweilen wird zu diesen Contrakt der lex commissoria gesetzet, welcher nichts anders ist, als ein pactum, da der creditor und debitor sich miteinander vergleichen, daß wenn die Schuld binnen einer gewissen Zeit nicht bezahlet wird, alsdenn das Pfand dem Gläubiger soll adquirirt werden, ohne auf des Pfandes Werth zu sehen. Allein weil mehrentheils eine usuraria pravitas unter diesem pacto verborgen lieget: so ist dasselbe in den bürgerlichen Rechten sowol, als in den geistlichen Rechten verboten worden, L. *fin. Cod. de pact. pign.* c. *penult.* X. *de pignor.* Herr STRYK *in Vſu Mod. Pandect. Lib. XIII. Tit. VII.* §. 9. wirft hierbei die Frage auf, ob nicht ein sol-

ſolches pactum gültig ſeyn müſſe, wozu ein Eid geſetzet worden? Er läugnet ſolches, theils aus angeführter Urſache, theils, weil ein Eid kein vinculum iniquitatis ſeyn darf. Aus eben dieſem axiomate lernen wir β) den Unterſchied inter pignus & hypothecam. Denn pignus iſt ein contractus, hypotheca ein pactum: jenes iſt mit der Uebergebung verknüpfet, dieſes beſtehet auch ohne Uebergebung. Pignus wird in re mobili und immobili beſtellet, die hypotheca aber kan nur mit einer re immobili beſtehen. Pignus bringet eine actionem perſonalem und realem hervor, hypotheca aber nur eine actionem realem. Beſiehe hiervon die ſchöne Diſſertation des Herrn Geh. Rath Böhmers *de diverſo pignoris & hypothecæ iure.* Bisweilen pfleget bei den Hypotheken die clauſula conſtituti poſſeſſorii hinzugeſetzet zu werden, welches heut zu Tage ordentlicher Weiſe geſchiehet. Wenn dieſe Clauſel hinzugeſetzet worden: ſo hat dieſelbe die Wirckung, daß der wahrhafte Beſitz auf den Gläubiger gebracht wird, und der Schuldner die Sache im Namen des Gläubigers beſitzet, und dahero auch alle remedia poſſeſſoria gebrauchen kan. MEVIUS P. V. *dec.* 159. Es findet dieſes auch ſtatt contra tertium poſſeſſorem, welchen der Schuldner unwiſſend des Gläubigers die Sache veräuſſert hat, daß alſo demſelben das beneficium excuſſionis nicht zu ſtatten kommen kan, L. 18. D. *de adquir. vel amitt. poſſeſſ.* GAILIUS *lib. II. Obſerv.* c. 7. deſſen ſich doch ſonſt ein tertius poſſeſſor allezeit bedienen kan, *Authent.* hoc ſi debitor. *Cod. de pignor.*

§. 823. Endlich ſchlieſſen wir aus dem dritten axiomate: utrumque contrahentem teneri ad culpam levem præſtandam, L. 25. D. L. 5. L. 7. *Cod. de pignorat. act.* Die Urſache davon lieget darin, weil die beeden Contrahenten davon ein commodum haben. Es ſetzen zwar einige uns hier den L. 13. §. 1. D. *de pignorat. act.* entgegen, und wollen daraus erzwingen, daß in pignore culpa leviſſima müſſe geleiſtet werden: allein es iſt uns dieſer Text gar nicht zuwider. Ueberdem hat GERARDUS NOODT *in Probabil. Iur. lib. I.* c. 4. gewieſen, daß nur ein einziger Buchſtabe müſſe geändert werden. Denn da im Lege ſtehet, ut in commodato venit & cuſtodia: ſo zeiget Herr NOODT, daß müſſe geleſen werden: at in commodato venit & cuſtodia. Wenn man dieſes erwäget, ſo fällt aller Zweifel und die dabei gemachten Schwierigkeiten von ſelbſten hinweg. Im übrigen iſt nur ein einziger Fall, da der creditor verbunden iſt, culpam leviſſimam zu præſtiren, wenn er nemlich das Pfand eigenmächtiger Weiſe occupiret hat, L. 30. D. *de pignorat. act.*

§. 824-826. Es ſind noch die actiones übrig, welche aus dieſem Contrakt entſpringen, deren ihrer zween ſind, die alle beede pignoratitiæ actiones genennet werden, weil dieſes ein contractus nominatus iſt. Es wird dieſe actio eingetheilet in directam & contrariam. Directa wird angeſtellet von

den Schuldner, er mag nun Herr von der Sache seyn, oder nicht, wenn er nur dem Gläubiger genug gethan hat, es sey nun, daß er sich zur Zahlung aufgeworfen, und der Gläubiger dieselbe nicht angenommen hat, L. 20. §. 2. D. *de pignorat. act.* oder daß der Kläger das Geld sogleich gerichtlich deponiret, L. 9. L. *ult. de pignorat. act.* Diese Klage kan nicht allein der debitor, sondern auch seine Erben gegen den creditorem und dessen Erben anstellen, um die verpfändete Sache cum omni causſa zu restituiren, und den Schaden, welcher per dolum & culpam levem verursachet worden, gut zu thun. Es ist dieses eine actio civilis, und dauert dreißig Jahre. Wenn wir diese Zeit bestimmen, so ist zu mercken, daß dieselbe ihren Anfang nehme von der Zeit, da die Zahlung geschehen ist, quia alioquin non valenti agere, non currit præscriptio, per L. *fin.* D. *de annal. except.* SCHILTER *in Praxi iur. Rom. in for. Germ. Exerc. XXVI.* §. 13. Hierbei entstehet die Frage, ob die Wieder-Einlösung des Pfandes kan præscribiret werden? Wir antworten darauf, daß solches nicht geschehen könne, weil dieses eine res meræ facultatis ist, eine res meræ facultatis aber kan ohnmöglich præscribiret werden. Und so lange mir das ius offerendi frei stehet, so lange kan auch keine præscriptio gegen die actionem pignoratitiam ihren Lauf nehmen. STRYK *in Vſu Mod. Pandect. Lib. XIII. Tit. VII.* §. 12. Ja es erzehlet der alte BRUNNEMANN *Conſil. CXXX.* ein gar merckwürdiges Exempel, da er nemlich meldet, daß die actio pignoratitia nach Verlauf einer Zeit von 400. Jahren angestellet worden. Die contraria actio pignoratitia kan der creditor und seine Erben wider den debitorem und dessen Erben anstellen, um schadlos gehalten zu werden, wenn etwa der creditor viele Unkosten darauf verwendet hat, welche doch nicht immodicæ seyn dürfen. Es kan auch diese Klage in dem Falle statt finden, wenn eine res aliena oder vitioſa ist verpfändet worden. Herr STRYK *in Vſu Mod. Pandect. Lib. XIII. Tit. VII.* §. 17. wirft hier die Frage auf, quis modus in impenſis factis sit habendus? Er antwortet darauf, wenn die impenſæ immodicæ wären, so müsse der creditor zufrieden seyn, wenn er dieselben ſalvo pignore wieder wegnehmen könne, L. 38. D. *de rei vindicat.* Jedoch hat auch der debitor in diesem Falle die Freiheit so viel zu bieten, als die res deſtructa werth ist. Ja, wenn noch res integra ist: so kan ad inſtantiam debitoris der creditor durch mandata inhibitorialia gehindert werden, daß er in der verpfändeten Sache nicht nach eigenen Gefallen baue. MEVIUS P. III. *deciſ.* 281. Denn sonst könten geitzige und listige creditores leichte einen Weg finden, wodurch sie sich das völlige Eigenthum des Pfandens adquirirten, wenn sie brave Unkosten machten, die der debitor nicht könte wiedergeben. GAILIUS *lib. II. obſ. 12. in fin.*

Wir wollen nun nach unserer Gewohnheit betrachten, wie diese vier contractus reales bei den Teutschen beſchaffen gewesen, und wie sich dieselben

von

von den Römischen unterschieden haben. Was erstlich das mutuum betrift, so weiß man bei den Teutschen den Namen nach inter mutuum & commodatum fast keinen Unterschied zu machen, daher es auch gekommen, daß die Alten diese beeden Contrakte mit einander verwechselt haben, wie aus dem L. *Wisigoth. Lib. V. Tit. IV.* §. 8. zu sehen ist. Der contractus mutui ist ehemals in Teutschland gar wenig bekannt gewesen, weil die Teutschen lange Zeit von dem Gebrauch des Geldes nichts gewust haben. TACITVS *de Morib. Germ.* c. 8. Da aber dieser Contrakt in einer ieden re fungibili bestehen kan: so siehet man daraus, daß derselbe doch hat können statt finden, obgleich die Leute noch kein Gold und Silber gehabt haben. Dem ohngeachtet findet man doch, daß dieser Contrakt bei den Teutschen gar nicht frequent gewesen, welches man daraus sehen kann, weil man in den alten Gesätzen, wenn man das Westgothische ausnimmt, davon keine Spuren findet. Ja es ist auch in den mittlern Zeiten dieser Contrakt nicht eben allzustarck im Gang gewesen, welches uns das Exempel des Keisers *Ludovici Bavari* lehren kan. Denn dieser Herr konte nicht eher eine mittelmäßige Geld-Summe geborget bekommen, als bis er sich verbunde, daß er, wenn er nicht bezahlte, sich wolte berauben lassen, welche Urkunde CASPAR LERCH VON DÜRENSTEIN von Reichs-Ritterlichen Herkommen P. 1. §. 5. anführet. Inzwischen da bei den Teutschen dieser Contrakt in Gebrauch gekommen: so haben dieselben nach ihrer alten angebornen Redlichkeit nicht allein haben wollen, daß das geborgte Geld stricte solte wiedergegeben werden, sondern sie haben auch die säumigen Schuldner den creditoribus zugetheilet. Im Schwäbischen Landrechte c. 130. lieset man folgendes: Wer ainen man beklagt vor gericht umb Gelt, und mag er nicht vergelten, der Richter sol im den Man für sein Gelt antwurtten, und den sol er behalten, gleich seinem Hauß-gesind mit Speys und auch mit arbeit. Wolt aber er in einslieſſen an ain eysen panet, daz mag er auch wol tun, und anders sol er in nicht pinden. Lät er in, oder entrint er im, damit ist er nicht ledig des geltes, alldieweyl er im nicht vergolten hat, so sol er im dienen als sein hausgesind. Und will er sein nicht behalten, so sol der Gelter sweren gen den heiligen, wenn er gewin über sein notturfft dreyſig pfenning oder mer, daz er im gelt. Was den contractum commodati bei den Teutschen betrift: so haben wir hierbei zu fragen, ob nach den Teutschen Rechten in commodato ein dominium auf den andern transferiret worden? SCHNEIDEWIN in § 16 *Inst. de oblig. quæ ex del.* n. 2. und WESENBECIVS *in Paratitl. Tit Commodat.* n. 7. stehen in der Meinung, daß das dominium rei commodatæ auf den commodatarium gebracht worden. Allein Herr SCHILTER *in Praxi iur. Rom. in for. Germ. Exerc. XXV.* §. 4 sucht dieſelben

ſelben zu widerlegen, worin er auch gar recht hat, obgleich die Urſache, die er anführet, nicht wahrſcheinlich iſt. Denn er meinet, daß in der Stelle des Sächſiſchen Landrechts, woraus man dieſe translationem dominii gemeiniglich ſchlieſſen wolle, ſey von dem beigeſetzten pacto zu verſtehen, da der commodans das dominium auf den commodatarium transferiret hat. Inzwiſchen kommen die alten Teutſchen Geſätze mit SCHILTERS Meinung überein, wie ex L. *Wiſigoth. Lib. V. Tit. V.* §. 1. L. *Baiuvar. Tit. XIV.* L. *Salic. Tit. LV.* L. *Ripuar. Tit. LII.* L. *Friſ. in Addit. Tit. XI.* §. 1. erhellet. Es iſt auch kein Zweifel, daß man in medio ævo eben dieſe Gedancken geheget. Denn obgleich der Schwaben-Spiegler c. 244. ſaget: Welch Man ainem ain Pfärd oder ain Gewant, oder ander varendes Gut ſetzet oder leicht mit ſeinen Willen, ſo hat yener Recht daran, in des Gewalt es chumbt: ſo zeigen doch die letzten Worte an, daß dieſes Recht nicht in dominio beſtehe, weil der commodans den caſum tragen, der commodatarius aber culpam præſtiren muß, welches c. 246. weitläuftiger ausgeführet wird. Nun iſt noch eine Stelle übrig, mit welcher ſich die Gelehrten ziemlich zermartern, und ihr bald dieſen, bald ienen Verſtand antichten. Selbige ſtehet im Sächſiſchen Landrecht *lib. 3.* c. 27. und lautet alſo: Welcher Mann einem andern leihet ſein Pferd, Kleider, oder ander ſein fahrende Haab, oder daß ers verſetzt, oder zu welcher Weis dis aus ſeinen Gewehren mit ſeinem Willen kommt, verkaufft es denn der, der ſolches in Gewehren hat, einem andern, oder verſetzt er das fürpaß, oder verſpielt es, oder aber wird ihm geſtohlen, oder abgeraubet: jener der es dieſem verliehen oder verſetzt hat, mag daran des leihens halben keine Forderung haben, ſondern allein wieder dem, dem er es lihe oder verſetzt. Daraus haben die Gelehrten geſchloſſen, es könne der commodans nicht Herr von der Sache ſeyn, da er kein Recht habe, ſolche ſeine Sache a tertio poſſeſſore zu vindiciren. SCHILTER, welcher ſonſt in den Teutſchen Rechten ſo ſchön erfahren geweſen, hat ſich hieraus nicht anders finden können, als daß er geglaubet hat, daß der commodans Herr von der Sache geblieben ſey, dieſe Regel aber ihren Abfall gelitten habe, wenn der commodans durch ein zugeſetztes pactum ausdrücklich bedungen, daß das Eigenthum und der Beſitz auf den commodatarium kommen ſolte: und ſolches ſollen die Worte, zu welcher Weis dis aus ſeinen Gewehren mit ſeinen Willen kommt, anzeigen. Allein in dieſen Worten wird keines pacti adiecti Meldung gethan, und das Wort Gewehr heiſſet auch nicht dominium, ſondern poſſeſſio naturalis, welche auf den commodatarium pfleget gebracht zu werden. Die Sache iſt gantz klar. Der commodans konte nach Teutſchen Rechten die rem commodatam

nicht

nicht von einem tertio poſſeſſore vindiciren, nicht, weil er aufgehöret hatte, deren Herr zu ſeyn, ſondern weil überhaupt in Teutſchland die Regel angenommen war: Hand muß Hand wahren. Denn der Eigenthümer, welcher dem andern eine Sache mit ſeinem Willen quocumque titulo gegeben hatte, konte dieſelbe hernach nicht von einem tertio poſſeſſore fordern, wenn ſie bei jenem nicht mehr vorhanden war, ſondern es war nöthig, denjenigen zu verklagen, mit welchen er contrahiret hatte. HERTIVS *Paroem. iur. Germ. lib. 1. paroem. 18.* p. 425. ſeqq. Eben ſo verhält es ſich nach Lübiſchen und Hamburgiſchen Rechten. *Ius Lubecenſe Lib. III. art. 1. & 2. Ius Hamburgenſe Lib. II. Tit. II. art. 17.* Was die culparum præſtationem anbelanget, ſo hat der Herr THOMASIVS in diſſert. *de uſu practico doctrinæ iuris Romani de culparum præſtatione*, gar wohl angemercket, daß die Teutſchen in dieſer Lehre nicht ſo ſubtil als die Römer philoſophirt haben: es iſt doch aber kein Zweifel, daß ſie nicht auch haben den Schaden, welcher per dolum oder latam culpam verurſacht werden, wollen erſetzet wiſſen. Die Teutſchen haben zwar den Schaden der per dolum oder latam culpam verurſacht worden, gar richtig unterſchieden: gleichwol aber haben ſie nur ein eintziges genus culpæ erkannt, welche man entweder latam oder levem nennen mag. Bei denen contractibus gratuitis ſcheinen die Teutſchen folgende Regel beobachtet zu haben: quemvis teneri rem alienam maiore diligentia cuſtodire, quam propriam, & niſi id fecerit, ad præſtandum damnum, culpa ſua datum, obligari. THOMASII *Not. ad Pandect. Lib. XII. Tit. VI.* p. 170. Ferner haben ſie auch dieſe Regel beobachtet: ſi alter non gratis, ſed pro certa mercede, rem alterius cuſtodiendam ſuſcepiſſet, eum ipſum caſum ferre debuiſſe, welche Regel aus dem L. *Wiſigoth. Lib. V. Tit. V.* §. 1. ihre Erläuterung bekömmt. Bei den contractibus gratuitis aber hatten ſie dieſe Regel, qui rem cuſtodiendam gratis ſuſceperat, non præſtabat caſum. Denn wenn einer durch einen Eid bekräftigen konte, daß die Sache nicht durch ſeine Schuld oder Verſehen verloren gegangen wäre: ſo wurde er vollkommen befreiet, L. *Wiſigoth. e. l.* L. *Baiuuar. Tit. XIV.* c. 1. §. 1. 2. 3. Weil aber auch die Teutſchen darauf zu ſehen pflegten, ob einer bei einem Contrakt das commodum oder incommodum allein hatte; ſo muſten ſie nothwendig dabei folgende Regel beobachten: In contractibus, ubi par utrimque commodum atque incommodum ſit, parem quoque diligentiam ſibi invicem præſtare debere contrahentes. Aus dieſen allen erhellet nun, daß in commodato der commodatarius ſchuldig geweſen für den Schaden zu ſtehen, wenn er die Sache nicht mit ſo vielen Fleiß, als ſeine eigene bewahret: gleichwol aber den caſum nicht getragen habe, weil er die Verwahrung derſelben umſonſt gehabt. L. *Wiſigoth. Lib. V. Tit. V.* §. 1. L. *Friſ. addit. Tit. XI.* §. 1. 2. Eben

dieſes

dieſes findet ſich auch im Sächſiſchen Landrechte, *Lib. III. art.* 5 als welches folgende Regel einſchärfet: Was man dem Mann zu gebrauchen leihet, oder zu Pfand verſetzt, das ſol er unverderbt wiederbringen dem, der es in lihe oder verſatzte, oder ſoll es im gelten nach ſeinen Würden. Und im Schwäbiſchen Landrechte c. 243, 244. 246. lieſet man ein gleiches, alwo auch die Regel vorkömmt: Wir ſprechen, das er den Mann frömdes Gutz pas ſol hütten, dan ſein ſelbes Gutz. Was das depoſitum betrift: ſo haben die Teutſchen daſſelbe eben ſo heilig als andere Völcker beobachtet wiſſen wollen. Daher ſie nicht allein haben wolten, daß ein depoſitum ſogleich ſolte wiedergegeben werden, als der Herr ſolches verlangete: ſondern wenn einer ſolches gefährlicher Weiſe vorenthielte, oder gar abläugnete, pflegten ſie denſelben ſehr hart zu ſtrafen. *Capitular. Reg. Francor. lib. V.* c. 204. In L. *Langobard. Lib. II. Tit. LV.* §. 35. wird nur geſetzet, daß derjenige, welcher ein depoſitum, ſo nur zwantzig ſolidos werth iſt, vorenthält, duelliren ſoll, weil man glaubte, daß in dieſem iudicio Dei Gott der gerechten Sache beiſtehen, und die begangene Untreue rächen würde. Wegen den Schaden iſt es bei dem depoſito eben wie bei dem commodato gehalten worden. Der Sachſen-Spiegler *Lib. III. art.* 5. ſchreibet davon: Welcher Man dem andern ſein Gut thut zu behalten, wird es ihm geſtohlen, oder geraubet, oder verbrendt es ihm, oder ſtierbt es ihm, ob es Viehe iſt, er darf da keine Noth umb leiden, thar er ſein Recht dazu thun, daß der Schade ohne ſeine Schuld ſey geſchehen. Aber der Schwaben Spiegler c. 266. will haben, daß wenn die deponirte Sache etwa geſtohlen wird, der depoſitarius den Werth derſelben zugeben verbunden ſey, wozu er dieſe Regel ſetzet: Alſo iſt es umb alle Befehlnuß, weß ſich der Man unterwindet zu pflegen, oder zu behalten, und wird es ihm geſtohlen, er muß es gelten. Nun iſt noch der vierte contractus realis, nemlich pignus übrig, bei welchen wir zu ſehen haben, was die Teutſchen dabei beobachtet haben. Nach den Teutſchen Rechten galt die Verpfändung der unbeweglichen Sachen gar nicht, wenn dieſelbe nicht ad acta oder vor dem Richter geſchehen war. Denn weil das dominium rei oppignoratæ nach den Gewohnheiten der meiſten Völcker auf den creditorem gebracht wurde, und alſo die oppignoratio von der venditione cum pacto de retrovendendo wenig unterſchieden war; die Verkaufungen der unbeweglichen Sachen aber allezeit apud acta und ſolemniter geſchehen muſten: ſo konte es auch nicht anders kommen, als daß nur diejenigen Verpfändungen, welche vor dem Richter geſchehen waren, für gültia gehalten wurden, obgleich dieſe Sache aus den alten Geſätzen, welche ſehr wenig von den Pfandſchaften haben, nicht ſo klar kan erwieſen werden,

auſſer

auſſer daß der L. *Longobard. Lib. II. Tit. XXI.* §. 18. gedencket *Wadiæ in præſentia regis, vel iudicis, ſeu liberorum hominum qualicumque modo datæ:* ſo ſchlieſſet doch der Herr SCHILTER *in Praxi iuris Rom. in foris Germ. Exerc. XXXIII.* §. 7. daß auch bei den Francken die Pfandſchaften ebenfals auf dieſe Art beſtellet worden, da ohnedem noch heut zu Tage dieſe Gewohnheit in Franckreich angenommen iſt, wie RENATVS CHOPPINVS *de Moribus Paris. Lib. III. Tit. II.* §. 20. bezeuget. Da auch die Teutſchen bei allen Conventionen, welche durch die Uebergebung ihre Gültigkeit bekamen, viele Solennitäten brauchten: ſo iſt nicht zu verwundern, daß ſolches auch bei den Pfandſchaften geſchehen, und dahero kömmt es, daß immer *Wadium* und *Andalangus* mit einander verknüpfet werden. FORM. LINDENBROG. 183. DV FRESNE *in Gloſſario mediæ & infimæ latinitatis* T. III. p. 1235. Dieſes mag genug ſeyn von den Gewohnheiten, welche die Teutſchen bei oben angeführten Contracten beobachtet haben.

Tit. XVI.

De Verborum Obligationibus.

§. 827. 828.

Nachdem wir die contractus reales abgehandelt haben: ſo wollen wir auch ietzo die verbales durchgehen, in welchen weiter nichts als verba ſolemnia erfordert werden, wenn ſie eine Verbindung machen ſollen. Gemeiniglich ſaget man, daß nur ein eintziger contractus verbalis ſey, nemlich ſtipulatio, und dieſes hat auch ſeine vollkommene Richtigkeit: allein ehemals waren deren drei, dotis dictio, promiſſio iurata operarum a liberto factæ, und ſtipulatio, wie man dieſes aus CAII *Inſtit. Lib. II. Tit. IX.* §. 3. ſeq. und VLPIANI *Fragment. Tit. VI.* §. 1. erſehen kan. Von dem contractu ſtipulationis ſoll ſogleich gehandelt werden. Dotis dictio war eine declaratio ſolemnis ſoceri, quantum dotis daturus ſit, quam ſequebatur acceptatio generi. Es lehret dieſes das Exempel, welches wir im *ſcholio* aus TERENTIO *Andr. Act. V. Scen. 4. v.* 47. angeführet haben, alwo es heiſſet:

- - *Dos, Pamphile, eſt*
Talenta quindecim P. A. *Accipio.*

Dergleichen Formeln finden ſich auch in L. 25. L. 44. §. 1. L. 46. L. 57. L. 59. D. *de iure dot.* DONATVS hat über TERENTII Stelle folgende Anmerckung gemacht: *Niſi dixiſſet accipio, dos non eſſet; datio enim ab acceptatione con-*

firmatur, nec poteſt datum vocari, quod non eſt acceptum. Hieraus erhellet zugleich, worin die dotis dictio von der dotis datione & promiſſione unterſchieden ſey. Dos dabatur, dum deponebatur apud aruſpices: promittebatur vero per veram ſtipulationem. Die promiſſio operarum iurata a liberto facta beſtunde darin, daß der Knecht nicht eher freigelaſſen wurde, als bis er eidlich verſprochen hatte, daß er nach der Freilaſſung dem Herrn gewiſſe operas fabriles leiſten wolle. Er muſte aber ſolches eidlich verſprechen, weil zwiſchen dem Herrn und dem Knechte keine ſtipulatio vorgehen konte. Die beeden erſten contractus verbales ſind auſſer Gebrauch gekommen, und die ſtipulatio allein beibehalten worden. Dieſe contractus verbales ſind nicht iuris gentium, ſondern iuris civilis, wie dieſes GROTIVS *de Iure belli & pacis lib. II.* c. 2. §. 1. wohl angemercket hat. Es iſt dieſes ſo gewiß, daß obgleich die Teutſchen das Römiſche Recht angenommen haben, dennoch von ihnen die ſtipulationes niemals ſind angenommen worden.

§. 829. Stipulatio hat ihren Namen bekommen von Stipulo, welches ſo viel heiſt, als firmum, PAVLVS *Recept. Sentent. Lib. V. Tit. VII.* §. 1. *princ. Inſt. h. t.* wie denn auch in den *Gloſſis Baſilicis* στιπῶλον heiſſet ἰσχυρὸν firmum. Andere ſagen der Name komme a ſtirpe her. Dahero ſchreibet VARRO *de lingua latina lib. IV.* c. XVI. p. 30. *Æs quoque ſtipem dicebant. Nam quod aſſes libræ pondo erant, qui acceperant maiorem numerum, non in arca ponebant, ſed in aliqua cella ſtipabant, id eſt, componebant, quominus loci occuparet: a ſtipando ſtipem dicere cæperunt. Stipare ab* στείβειν *fortaſſe Græco vocabulo. Id adparet, quod ut alias, tum inſtitutum etiam nunc, Diis cum theſauris aſſes dant, ſtipem dicunt, & qui pecuniam alligat, ſtipulari & reſtipulari.* Auf gleiche Weiſe ſchreibet FESTVS in voce *Stipem* p. 139. *Stipem dicebant pecuniam ſignatam, quod ſtiparetur, ideo ſtipulari dicitur is, qui interrogatus ſpondet ſtipem, id eſt, æs.* Von dieſen gehet ab ISIDORVS *lib. IV. Orig.* c. 24. p. 930. alwo er das Wort ſtipulatio a ſtipula ableitet, und dieſe Urſache beifüget: *Veteres enim, quando ſibi aliquid promittebant, ſtipulam tenentes frangebant, quam iterum iungentes ſponſiones ſuas agnoſcebant.* Herr HEMSTERHVISIVS *in Not. ad* IVL. POLLVC. *Onomaſt. lib. IX. c. VI.* p. 1041. hat dieſe Ableitung des ISIDORI genehmiget, und aus den Sitten der Lacedæmonier befeſtiget, daß alſo dieſe Ableitung für keine grammaticaliſche Grillenfängerei kan gehalten werden. Wenn aber gefraget wird, quid eſt ſtipulatio? So antworten wir darauf: Stipulatio eſt contractus unilateralis, quo quis ad alterius interrogationem congrue & in continenti reſpondendo ad dandum aliquid vel faciendum, quod alterius intereſt, obligatur. Dahero kömmt es, daß die ſtipulatio interrogatio genennet wird, SENECA *de benefic. lib. III.* c. 16. und bei den Griechen heiſſet dieſelbe ἐπερώτησις vel Ὁμολογία

λογία ἡ ἀπόερωτησεως. SALMASIVS *de Vſur.* c. VI. p. 127. Hieraus erhellet zugleich, warum 1 *Petri* III, 21. die Taufe genennet wird συνειδήσεως ἀγαθῆς ἐπερώτημα εἰς Θεόν, *ſtipulatio bonæ conſcientiæ erga Deum.* Im übrigen iſt zu mercken, daß man von demjenigen, welcher ſtipulirte, ſagete interrogat vel rogat, welcher aber antwortete, ſpondet vel promittit. Die Sache kan aus PLAVTO *in Pſeudolo Act. 1, Scen. I. v.* 112. ſeqq. erläutet werden, da es heiſſet:

\- - PS. *Roga me viginti minas,*
Vt me effecturum tibi, quod promiſi, ſcias,
Roga. CA. *obſecro hercle.* PS. *geſtio promittere.*
C. A. *Dabisne argenti mihi hodie XX. minas?*
PS. *Dabo.*

Die Formeln, welche man dabei brauchte, waren dieſe: *Spondes? Spondeo. Promittis? promitto. Dabis? Dabo. Facies? faciam.* §. 1. *Inſt. h. t.* Von gleicher Gültigkeit war die reſponſio concepta imperſonaliter, dergleichen bei PLAVTO *in Pſeud. Act. IV. Scen. VI. v.* 14. vorkömmt, und alſo lautet:

SI. *Nullum periculum eſt, quod ſciam ſtipularier.*
Vt occæpiſti verba, viginti minas
Dabin'? BA. *Dabuntur.*

Bisweilen fragte derjenige von neuen, welcher etwas verſprochen hatte, und wer gefraget hatte, verſprach von neuen, welches man reſtipulari hieß. Es muſte aber auf die Frage congrue geantwortet werden. Denn wenn der eine den andern fragte: Wilſtu mir nicht zehen Ducaten geben? und jener antwortete: ich will fünfe geben; oder der eine pure fragte, der andere mit Bedingung verſprach, ſo war dieſes eine inutilis ſtipulatio, § 5. *Inſt. de inutil. ſtipul.* Wir finden davon ein Exempel bei PLAVTO *Trinum. Act. V. Scen. II. v.* 34. ſeqq. da *Lyſiteles* fragete: *Sponden' ergo tuam gnatam uxorem mihi?* und *Charmides* antwortete: *Spondeo & mille auri Philippum dotis*: ſo war dieſes eine inutilis ſtipulatio. Und da ſie ſich endlich wegen des dotis verglichen hatten, wurde die ſtipulatio v. 30. folgendermaſſen wiederholet:

LY. *Iſthac lege filiam tuam ſponden' mihi uxorem dari?*
CH. *Spondeo.*

Jedoch war die Antwort gültig, wenn einer dem Fragenden antwortete, quidni? L. 1. §. 2. D. *de verbor. obligat.* Es war auch nichts daran gelegen, ob einer Lateiniſch oder Griechiſch ſtipuliret hatte, denn der Gebrauch

beider Sprachen war gemein, §. 1. *Inſt. de Verbor. oblig.* und man hielte dafür, daß es genug wäre, wenn ſie ſich nur einander durch Ausleger verſtünden.

§. 830. 831. Jetzo folgen die Eintheilungen, welche bei der ſtipulatione müſſen gemercket werden; nemlich ſtipulatio eſt vel certa vel incerta. Certum promittere dicitur, qui promittit ſpeciem vel quantitatem: incertum autem, qui ita promittit, ut quid, quale, quantum in ſtipulatione ſit, adpareat. L. 75. D. *de oblig. & act.* Und dieſes pfleget zu geſchehen, ſo oft ein genus oder factum verſprochen wird. Dieſe Entſcheidung iſt wegen der Klage nöthig, welche aus dieſem Contrakt entſpringet, als welche condictio vel certi vel incerti iſt, *princ. Inſtit. h. t.* Von beeden ſoll unten (§. 834.) gehandelt werden. Hernach geſchehen auch die ſtipulationes vel pure, vel ſub conditione, vel in diem. Geſchiehet die ſtipulatio pure: ſo kan die Schuld ſogleich gefordert werden. Geſchiehet ſie ſub conditione: ſo gehet dieſes nur an exiſtente conditione. Iſt die ſtipulatio in diem geſchehen: ſo heiſſet es zwar, dies ſtatim cedit, allein es kan nichts eher gefordert werden, als bis die Zeit gekommen iſt.

§. 832. 333. Wir wenden uns zu den axiomatibus, welche de ſtipulatione zu mercken ſind, und die hier vorgetragen werden. Es ſind aber folgende: 1) Pura ſtipulatio eſt: dies & cedit ſtatim & venit L. 213. D. *de Verb. Signif.* Dieſes axioma iſt deutlich und klar. 2) Vbi conditio poſſibilis adiecta, dies, pendente conditione, nec cedit, nec venit. Denn die Bedingung ſchiebet die Sache auf: wo aber keine Bedingung iſt, da kan auch die Wirckung nicht aufgeſchoben werden. 3) Conditio impoſſibilis promiſſionem plane vitiat, §. 1. *Inſt. de inutil ſtipul.* L. 7. L. 26. L. 27. *princ.* L. 123. D. *h. t.* Hier verhält es ſich alſo anders, als bei den ultimis voluntatibus, da die conditio impoſſibilis das Teſtament nicht vitiiret, indem dieſelbe pro non adiecta gehalten wird. Bei der Stipulation aber gehet dieſelbe gar nicht an, weil derjenige, welcher in eine ſolche Bedingung williget, nicht klug zu ſeyn ſcheinet. Es iſt auch nichts daran gelegen, wenn gleich ein Eid dazu geſetzet wird, weil derſelbe nur ein acceſſorium obligationis iſt. 4) Si ex die certo quid promiſſum, dies cedit, ſed non venit, niſi lapſo die, §. 2. *Inſt. h. t.* §. *penult. Inſt. de inutil. ſtipul.* L. 213. D. *de Verbor. Signif.* 5) Si ad diem quid promiſſum, dies ſtatim cedit & venit, & obligatio perpetuatur, ſed lapſo die eliditur exceptione, §. 3. *Inſt. h. t.* L. 44. §. 1. D. *de oblig. & act.* Dieſes iſt ſo zuverſtehen, wenn etwas verſprochen worden bis auf zehen Jahre, ſo iſt zwar die obligatio perpetua, ſie kan aber per exceptionem doli mali gehoben werden. Die Urſache iſt dieſe, quia in contractibus ſtricti iuris pacta adiecta non inſunt ipſis contractibus, ſed tantum producunt exceptionem. Nach Teutſchen Rechten wird die Obligatio nicht perpetuiret. Weil alle

pacta

pacta, ſie mögen den contractibus bonæ fidei oder ſtricti iuris beigefüget werden, gleiche Wirckung haben, daher ſie denn auch dieſe Verbindung aufheben. 6) Dies incertus, ſi dubium ſit, an exſtiturus ſit, pro conditione habetur, L. 15. D. *de condit. & demonſtr.* Denn was iſt daran gelegen, ob einer ſaget: Dabo centum, quo die conſul eris, oder alſo: Dabo centum, ſi conſul eris. 7) Exiſtens conditio in contractibus ad principium retrotrahitur, L. 11. §. 1. D. *qui pot. in pignor.* Wenn einer einem filio familias 100. Thaler verſprochen hat, wenn er eine Frau nehmen wird: ſo werden dieſe 100. Thaler, was den Nießbrauch betrift, dem Vater adquiriret, ob auch gleich der Sohn, da er heurathet, emancipiret geweſen. 8) Ad tempus non poteſt deberi, §. 3. *Inſt. h. t.* 9) Stipulatio conſtat interrogatione & reſponſione congrua, §. 1. *Inſt. h. t.* Dahero gilt es nicht, wenn anders gefraget und anders geantwortet worden, oder wozu man in der Antwort etwas geſetzet hat, wovon bei der Frage nichts gedacht worden. 10) Conditio negativa præſtationem ſuſpendit usque ad mortem promittentis, z. E. wenn einer einem andern verſprochen hätte, daß er ihm 1000. Thaler geben wolte, wenn er die Religion nicht ändern würde: ſo kan iener, ſo lange, als er lebet, nichts bekommen, weil man ja nicht eher wiſſen kan, ob er dieſes thun wird, oder nicht, §. 4. *Inſt. h. t.* Bei den legatis verhält ſich die Sache gantz anders, denn da hat man die Cautionem Mucianam, welche entweder von dem Erben, oder von dem legatario verlanget wurde: allein dieſe gehöret nur zu den ultimis voluntatibus, und kan hier nicht ſtatt finden. 11) Ex ſtipulatione etiam ſpes in heredes transmittitur, quamvis is, cui ſub conditione debetur, ante exiſtentem conditionem deceſſerit, §. 4. *Inſt. h. t.* Wenn mir dahero iſt verſprochen worden, daß ich 1000. Thaler haben ſoll, wenn das Schiff glücklich aus Oſtindien retourniren wird, ich aber unterdeſſen ſterbe, ehe dieſe Bedingung in ihre Erfüllung gehet: ſo können meine Erben, wenn das Schiff glücklich ankömmt, dieſe 1000. Thaler fordern. Aber dieſes verhält ſich nun wieder anders bey den legatis, weil der legatarius vor dem Tode des teſtatoris kein ius quæſitum hat, welches er auf ſeine Erben bringen könte. Hingegen hat der ſtipulans dergleichen Recht allerdings ex conſenſu, unde ſpuria eſt, quam nonnulli adferunt ratio, quaſi minor ſit adfectio erga heredem, quam erga ſtipulatorem. 12) Alium obligare promiſſione ſua non poteſt. 13) Nec poteſt quisquam alii, quam ſibi, ſtipulari, niſi ſua interſit, alteri dari, fieri. Die Urſache davon iſt dieſe, weil die ſtipulatio zu Beſtättigung der Verbindungen erfunden worden. Nun aber kan keine ſtipulatio oder obligatio auſſer der Perſon gehen, oder eine Verbindung oder Klage ratione tertii hervorbringen.

§. 834. 835. Hier wird gefraget, was vor actiones aus dieſem Contrakt entſpringen? Weil dieſes ein contractus nominatus iſt: ſo muß auch die Klage ihren gewiſſen Namen haben, und wird dahero actio ex ſtipulatu genennet. Wenn etwas gewiſſes verſprochen worden, ſo heißt die Klage actio certi, wenn es aber ungewis iſt, actio incerti ex ſtipulatu. Dieſe Klage ſtellet der ſtipulator und deſſen Erben gegen den promiſſorem und deſſen Erben an, entweder die Sache zu geben, oder das verſprochene factum zu leiſten. Auf die Zinſen aber kan nicht geklaget werden, weil dieſelben, wie wir ſchon oben erinnert haben, ex contractu ſtricti iuris nicht können verlanget werden, wenn ſie nicht ausdrücklich ſind verſprochen worden.

§. 836. 838. Weil nun dieſe Klage auch gegeben wird ad factum præſtandum: ſo entſtehet hier eine ſchöne Frage, an verum ſit, quod vulgo dicunt, promiſſorem facti non cogi poſſe ad illud præſtandum, ſeu liberari præſtando id, quod intereſt? Faſt alle Rechtsgelehrte ſind dieſer Meinung zugethan, und es finden ſich ſehr wenige, welche davon abgehen. Es ſind aber die diſſentientes brave Leute, und darunter CVIACIVS, CORASIVS, HVBERVS und THOMASIVS, welcher letztere davon eine eigene diſſertation geſchrieben, *an qui factum promiſit, liberetur, præſtando id, quod intereſt?* Gemeiniglich pfleget man ſich auf den L. 72. *princ.* D. L. 75. §. *fin.* L. 81. L. 112. §. 1. D. *de verbor. oblig.* L. 13 §. *fin.* D. *de rei iudic.* L. 71. §. 2. D. *de condit. & demonſtr.* zu berufen: allein wer dieſe Stellen genau erwegen will, der wird ſogleich finden, daß alda nicht dem promiſſori die Freiheit zugeſtanden wird, ut liberetur, præſtando id, quod intereſt, ſondern es wird dem ſtipulatori das arbitrium gelaſſen, ob er entweder die Leiſtung des facti urgiren will, an petere id, quod intereſt. Ferner wenden ſie ein, daß der Keiſer *Juſtinianus* in §. *ult. Inſt. h. t.* dem ſtipulatori facti recommendire, daß er zugleich eine poenam conventionalem ſtipuliren ſoll: allein dieſes geſchiehet nicht deswegen, weil niemand zu einem facto kan gezwungen werden, ſondern weil mehrentheils die æſtimatio facti ungewiß iſt, und alſo auch der Beweiß ſehr ſchwer hält, wenn einer klagen will ad id, quod intereſt (§. 838). Ferner wird gefraget, ob die ſtipulationes noch heut zu Tage einen Nutzen haben? Viele läugnen dieſes, und wie wir dafür halten, nicht ohne guten Grund. Allein wenn einige zur Urſache anführen den L. 10. *Cod de contrab. ſtipul.* und daraus beweiſen wollen, daß ſchon der Keiſer *Leo* die ſtipulationes aufgehoben habe: ſo irren ſie ſich gar ſehr. Denn zu den Zeiten des Keiſers *Juſtiniani* hatten die ſtipulationes noch ihren guten Nutzen, und der Keiſer *Leo* hat nicht die ſtipulationes abgeſchaft, ſondern anxiam verborum ſubtilitatem. Z. E. Daß wenn einer lateiniſch gefraget worden, derſelbe Griechiſch antworten kan. Es iſt alſo eine gantz andere Urſache vorhanden, warum

um man heut zu Tage ſo wenig von den ſtipulationibus höret, weil nemlich nach den Gewohnheiten der Teutſchen Völcker alle pacta nuda eine Verbindung herfür bringen. Wir finden davon in den Teutſchen Geſätzen ſo viele Spuren, daß ſolches nicht wohl kan in Zweifel gezogen werden. TACITVS rühmet der Teutſchen ihre Treue, welche ſie ſo gar bei den Spielen beobachtet haben, und ſaget *de Morib. Germ.* c. 24. *Victus voluntariam ſervitutem adit, quamvis iunior, quamvis robuſtior, adligari ſe ac vinciri patitur. Ea eſt in re prava pervicacia. Ipſi fidem vocant.* Wie denn auch TACITVS *lib. III. Annal.* c. 54. von den Teutſchen rühmet, *nullos mortalium armis aut fide ante Germanos eſſe.* In den L. *Wiſigoth. Lib. II. Tit. V.* §. 1. 2. 3. 5. 6. 8. 11. finden wir davon ſattſame Spuren. Und in L. *Baiuvar. Tit. XV.* c. 13. heiſſet es: *Pacta vel placita, quæ per ſcripturam quamcumque facta ſunt, vel per teſtes denominatos tres vel amplius, tummodo in his dies & annus ſit evidenter expreſſus. immutare nulla ratione permittimus.* Es pflegten aber die Teutſchen bei den pactis einige ritus zugebrauchen entweder, daß ſie den Finger aufrichteten, oder den Handſchlag gaben. wovon der Herr OTTO *in Iurisprudentia Symbolica, Exerc. II.* c 10. p. 186. viele Stellen der Alten geſammlet hat: wiewol dieſelben in den folgenden Zeiten nicht mehr für nöthig ſind gehalten worden. Hierher gehöret auch die Stelle aus dem Sächſiſchen Landrechte *lib. I. art.* 7. Wer etwas borget, oder gelobet, der ſoll es gelten, und was er thut, das ſoll er ſtett halten. Will er es aber läugnen darnach, er erwehret ſich des mit ſeinem Eyde, wo er es vor Gericht nicht gethan hat. Was er aber vor Gericht thut, da ſoll der Mann nicht umb ſchweren. Denn das überzeuget ihn der Sachwaltige wol mit zweien andern Mannen, und der Richter ſoll der dritte ſeyn. Eben dieſes wird in dem Schwäbiſchen Landrechte c. 259. faſt mit gleichen Worten wiederholet. Es zeigen ſolches auch die Alten Teutſchen Sprüchwörter an: Ein Wort, ein Wort, ein Mann, ein Mann. Wie auch: Zuſagen macht Schuld. HERTIVS *in Paroem. iur. Germ. lib. I. paroem* 8. HAMBERGER diſſert. *de non uſu ſtipulationum, uſuque pactorum in foris Germaniæ,* und BRENNEYSEN *de inutilibus pactorum & ſtipulationum diviſionibus,* haben klar gezeiget, daß wir die Römiſchen Lehren de ſtipulationibus bei uns in Teutſchland nicht mehr gebrauchen können.

Tit.

Tit. XVII.

De Duobus Reis Stipulandi & Promittendi.

§. 839.

Die hier vorkommenden Sachen ſind zwar ziemlich ſubtil, iedoch iſt auch nicht zu läugnen, daß ſie nicht ihren guten uſum pragmaticum haben ſolten. Wir handeln hier de correali obligatione, welche, was dieſelbe ſey, wir leichtlich verſtehen werden, wenn wir erſtlich auf die Regel, und hernach auf den Abfall derſelben ſehen wollen. Die Regel iſt dieſe: Si duo pluresve promittunt, vel duobus pluribusve promittitur: ſinguli pro parte & obligantur, & ius ex ea ſtipulatione adquirunt, L. 11. §. 1. 2. D. *h. t.* Wenn dahero z. E. ich und mein Bruder einem andern 100. Thaler verſprochen haben: ſo ſind wir ein ieder 50. Thaler zu geben ſchuldig. Alſo auch, wenn mir und meinem Bruder 100. Thaler verſprochen worden: ſo müſſen einem ieden von uns 50. Thaler gezahlet werden. Nemlich es iſt die Verbindung inter plures ſtipulantes & promittentes ipſo iure getheilet: und alſo verhält ſich dieſe Regel. Andere pflegen dieſe Regel noch viel deutlicher alſo auszudrücken: Obligationes & activæ & paſſivæ inter plures perſonas diviſæ ſunt, niſi obligatio ſit correalis: daß dieſelbe aber bei allen negotiis könne eingeführet werden, ſolches erhellet aus dem L. 9. *princ.* D. *h. t.*

§. 840. 841. Aber dieſe Regel leidet ihren gewaltigen Abfall, ſi obligatio ſit correalis, quia tunc ſinguli ſolidum debent, & ſingulis debetur ſolidum. Wenn wir alſo fragen, quinam ſint rei vel correales? ſo antworten wir darauf, quicumque vel in ſolidum promittunt, vel ſibi in ſolidum aliquo ſtipulantur. Wenn ſie in ſolidum etwas verſprechen: ſo heiſſen ſie rei promittendi, z. E. *Titius* und *Seius* verſprechen einer für beede, und beede für einen, daß ſie 100. Thaler zahlen wollen. Si duo ſtipulantur rem eamdem in ſolidum, vocantur rei ſtipulandi, z. E. ich verſpreche *Titio* und *Seio* beeden als einem, und einem als beeden, daß ich 100. Thaler geben will. Hier wird gefraget, warum beede rei genennet werden, da doch von dem ſtipulante nichts gefordert wird, ſondern vielmehr von dem promittente? Allein es dienet zur Antwort, daß reus hier nicht heiſſe, unde petatur, ſondern daß er die perſonam contrahentem anzeige: nun aber iſt ja bekannt, daß ſtipulans und promittens mit einander contrahiren. Der Urſprung dieſes Worts kömmt a re her, weil alle, de quorum re diſceptabatur, rei genennet wurden, wie CICERO *lib. II. de Oratore* c. 43. und FESTVS voce *Reus & conteſtari* bezeugen. Daher kan man nun leichte die Urſache einſehen, warum die contrahentes

rei

rei genennet werden, quia conſenſerunt in eandem rem tradendam & præſtandam.

§. 842-844. Wir haben nun geſehen, quinam ſint rei, iam porro diſpiciendum eſt, quomodo correalis obligatio contrahatur? Weil nach den Römiſchen Rechten die pacta nuda keine Verbindlichkeit zuwege brachten: ſo muſte man denſelben die Verbindung per ſtipulationem geben. Dahero waren correi promittendi, qui ad eandem interrogationem congrue reſponderant, & rei ſtipulandi, qui eandem interrogationem fecerant. Wir haben davon ein ſchönes Exempel aus PLAVTO *in Trinum. Act.* V. *Scen.* II. *v.* 39. angeführet, da fraget *Lyſitiles*

Iſtac lege filiam
Tuam ſpondere mihi uxorem dare?

Darauf antwortet *Callicles*: *Spondeo.* und *Charmides* ſetzet hinzu: *Et ego ſpondeo idem hoc.* Da waren *Callicles* und *Charmides* rei promittendi. Nun wollen wir ſetzen, der Bräutigam habe den Schwieger-Vater gefraget: Tu ne promittis dotem mille aureorum? und dieſer darauf geantwortet: promitto, hernach des Bräutigams Vater wieder gefraget: Tu ne & mihi dabis iſtos mille aureos, und iener darauf geantwortet: dabo; ſo wären Vater und Sohn duo correi ſtipulandi geweſen. Weil aber heut zu Tage alle pacta nuda eine gültige Verbindung herfür bringen: ſo ſiehet ein ieder, daß wir heut zu Tage die Weitläuftigkeiten der ſtipulationen nicht mehr nöthig haben, ſondern man begnüget ſich an der bekannten Formel: alle für einem, und einer für alle, oder alle für einem, und einem für alle.

§. 845. 846. Dieſes mag genug ſeyn von den definitionibus correi, & modis introducendæ obligationis correalis: ietzo iſt nöthig, auch auf die Wirckungen derſelben zu ſehen. Die Wirckungen beſtehen darin, 1) ut ſinguli poſſint conveniri in ſolidum, §. 1. *Inſt.* L. 3. §. 1. D. *h. t.* Dahero iſt es nicht nöthig, daß wenn mir zween etwas verſprochen haben, ich alle beede belangen muß, ſondern ich habe die Wahl, gegen einen von beeden zu klagen, und von demſelben die verſprochene Summe gantz zu fordern. Ferner 2) ut unus reorum creditori quocumque modo ſatisfaciendo obligationem perimat, L. 2. L. 3. §. 1. D. *h. t.* L. 20. D. *ad SCtum Velleian.* L. 16. *prine.* D. *de acceptilat.* Wenn ich alſo dasjenige erhalten habe: ſo kan ich alsdenn nicht wieder klagen. 3) Vt non gaudeant beneficio diviſionis, nequidem iure noviſſimo, niſi eo caſu, ſi correi ſint ἀλληλεγγύως ὑπεύθυνοι, id eſt, ſi reciproca fideiuſſione ſint obligati. *Nov.* 99. *cap.* 1. Dieſer Satz iſt ſehr wohl zu mercken, weil die Rechtsgelehrten, und ſonderlich Herr LVDOVICI *in Doctrina Pandectarum h. t.* uneinig ſeyn, und ſich auf die *Nov.* 99. *cap.* 1. berufen, alwo geſaget wird, & correos diviſionis beneficium habere.

Allein wenn wir dieſen angeführten Text genau anſehen wollen, ſo wird ſich finden, daß darin nur von dem Falle geredet werde, wenn die correi ſich zugleich untereinander für ſich verbürget haben. Alsdenn aber haben ſie als fideiuſſores dieſes beneficium, nicht aber als correi, weil die correalis obligatio zu dem Ende erfunden worden, damit die Verbindung inter promittentes nicht möchte getheilet ſeyn. Und ſo hat die Sache nach CVIACIO und andern groſſen Rechtsgelehrten VLRICVS HVBERVS *in Prælect. ad Inſtit. h. t.* gar recht vorgetragen. 4) Vt ſinguli poſſint exigere ſolidum. Wenn dahero mir und meinem Bruder in ſolidum 100. Thaler ſollen gegeben werden, ich aber dieſe gantze Summe fordere: ſo kan der andere nicht einwenden, daß er mir nicht ſo viel ſchuldig ſey, debetur enim in ſolidum. 5) Vt ſi uni quocumque modo ſatisfactum ſit, reliquorum ius exigendi perimatur, L. 2. L. 3. §. 1. D. *h. t.* L. 31. §. 1. D. *de Novat.* Denn wenn einer geklaget hat, und iſt befriediget worden, ſo kan der andere nicht mehr klagen, quia promittens tantum ſimplum debebat.

§. 847. Es möchte iemand hier fragen: ſi unus ex correis ſolidum ſit conſequutus, quam actionem tunc habeat alter ad portionem ſuam communicandam? Wir antworten aber darauf, daß hier müſſe ein Unterſchied gemachet werden, ſintne ſocii iſti correi ſtipulandi, an non? Im erſten Falle können ſie unter ſich actionem pro ſocio anſtellen, als welche ihnen zukömmt, ad damnum & lucrum communicandum. Im letzten Fall aber haben ſie keine Klage: nicht actionem mandati, weil dieſer nicht für einen andern gehandelt hat, ſondern für ſich ſelbſt: nicht actionem negotiorum geſtorum, weil einer ſein Geſchäfte und kein fremdes geführet hat. Es kan auch ein ſolcher nicht actione ex ſtipulatu klagen, weil unter den correis keine ſtipulatio vorgelaufen, ſondern vielmehr unter denſelben und unter dem Schuldner. Daraus erhellet nun von ſelbſten, daß hierin nach den Römiſchen Rechten ſich keine actio finde: wir haben aber doch ex moribus implorationem officii iudicis, damit ſich einer mit des andern ſeinen Schaden nicht etwa bereichern ſoll. Und alſo iſt dieſe Sache in L. 62. *princ.* D. *ad* L. *Falcid.* entſchieden worden.

* * * * * * * * * * * * * * * * * * * *

Tit. XVIII.

De Stipulationibus Servorum.

§. 848. 849.

In dieſem Titel kan nicht das geringſte vorkommen, welches nicht ſchon aus dem Titel, *Per quas perſonas cuique adquiritur*, bekannt ſeyn muß. Wie

Wir haben alda folgendes principium zum Grunde geleget: adquiritur nobis per res noſtras, quum ergo in claſſe rerum noſtrarum & ſervi ſint, ſequitur, ut ſervus ſtipulatione ſibi nihil, domino omnia adquirat. Aus dieſem Grunde flieſſen folgende Schlüſſe, 1) ſervus ſtipulando adquirit domino, ſive ſibi, ſive domino, ſive imperſonaliter, ſive uni ſervo ſtipulatur. Imperſonaliter ſtipuliret ein Knecht, wenn er ſaget: dabunturne centum? Da bekommt allezeit der Herr aus dieſem Verſprechen einen Gewinſt, weil der Knecht nichts eigenes haben kan. 2) Ut ſervus communis unicuique domino ſtipulando adquirat pro rata portione dominii, niſi unius iuſſu, aut uni nominatim ſtipulatus ſit. §. 3. *Inſt.* L. 5. L. 7. D. *h. t.* L. *ult. Cod per quas perſon. cuique adquir.* Hinc ſi unus habet ſextantem dominii, alter decuncem, eadem proportione etiam ſumma promiſſa inter eos dividitur. Und da iſt nur ein einziger Fall ausgenommen, wenn ein Knecht auf eines der Herren Befehl in ſpecie ſtipuliret hat. 3) Ut ſervus hereditarius hereditati, quæ ante aditionem perſonam defuncti ſuſtinet, ſtipulando adquirat, *princ. Inſt. h. t.* L. 35. D. *h. t.* Denn obgleich dafür gehalten wird, quod hereditas iacens ſit nullius: ſo wird doch fingiret, daß dieſelbe die Perſon des Verſtorbenen vorſtelle, und alſo auch derſelben durch den Knecht etwas erworben werde.

§. 850. Von dieſer Regel aber findet ſich folgende einzige Ausnahme, nemlich wenn ſich der Knecht ein factum ſtipuliret hat: denn in dieſem Falle wird das factum nicht dem Herrn, ſondern dem Knechte geleiſtet, §. 2. *Inſt. h. t.* L. 38. §. 6. D. *de verbor. oblig.* Wenn alſo einer dem Knechte verſprochen hat, daß er ihm alle Woche ſeinen Bart dreimal putzen wolle: ſo kan der Herr nicht auch verlangen, daß der andere ihm ſeinen Bart ſcheeren ſoll. Die Urſache iſt dieſe, weil hier nicht von der adquiſitione lucri die Rede iſt, welches dem Herrn durch den Knecht zuwächſet, ſondern von einer Bequemlichkeit, die der Knecht erhält, und welche ſich der Herr nicht zueignen kan.

§. 851. Hier wird gefraget, ob die Lehre, die in dieſem Titel vorgetragen worden, heut zu Tage noch einen Nutzen habe? Wir können dieſes mit wenigen beantworten, daß nemlich der Nutzen dieſer Lehre heut zu Tage gantz und gar hinwegfalle. Denn wenn wir Knechte oder Diener haben, ſo ſind dieſelben Lohn-Leute, und erwerben uns nur etwas per ſuas operas, nicht aber per ſtipulationem. Wenn es aber homines proprii oder adſcriptitiæ conditionis ſind, alsdenn müſſen ſie uns zwar Zinſen geben, operas leiſten, Stechzettel löſen, den Hauptfall geben, u. d. m. Was in übrigen dieſelben per ſtipulationem erwerben, das adquiriren ſie ſich völlig (§. 85.).

Tit. XIX.

De Diviſione Stipulationum.

§. 852. 853.

Wir haben oben (§. 830.) unterſchiedene diviſiones ſtipulationum angeführet: nun ſind noch diejenigen übrig, welche in dieſem Titel insbeſondere müſſen betrachtet werden. Denn einige ſtipulationes ſind prætoriæ, welche von dem officio prætoris herkommen, einige ſind iudiciales, quæ a mero iudicis officio proficiſcuntur, & quas tam prætor, quam iudex poteſt exigere, und einige ſind conventionales, quæ inter privatos pro arbitrio intercedunt. Von der letzten Art giebt es unzählige Gattungen. Denn wie wir oben geſaget haben, ſo ging kein Geſchäfte vor, kein Kauf, kein Pacht, noch ſonſt etwas, wobei man nicht die ſtipulationes, als das vornehmſte Band der andern Verbindungen hätte gebrauchen ſollen, welches man aus BRISSONIO *de formulis populi Romani* erſehen kan. Die prætoriæ ſtipulationes, wozu auch die ædilitiæ gerechnet werden, wie auch die iudiciales, haben einen beſondern Namen, und werden cautiones genennet, von welchen nunmehro umſtändlich wird zu handeln ſeyn.

§. 854. Die erſte cautio prætoria war cautio damni infecti. Damnum infectum aber wird in dem Verſtande genommen, da wir zu ſagen pflegen, factum infectum fieri nequit, id eſt, nondum factum. Dieſe cautio findet ſtatt in dem Falle, wenn meines Nachbarn Haus mit einem Einfall drohet, und mir alſo daraus ein Schade bevorſtehet. Da kan ich zwar noch keine Klage anſtellen, weil ich noch nicht einen Schaden gelitten habe, gleichwol aber kan ich doch Caution fordern, daß wenn dieſer Einfall binnen einer gewiſſen Zeit geſchehen wird, der Nachbar mir allen Schaden gut thun wolle. Es iſt aber hierbei wohl zu mercken, α) daß allezeit eine gewiſſe Zeit müſſe beſtimmet werden, z. E. zehen Jahr, weil der Prætor nicht unendlich zu caviren befiehlet. Iſt aber dieſe Zeit verfloſſen, und die Gefahr iſt noch vorhanden: ſo muß die cautio wiederholet werden. β) Wenn der andere nicht caviren will, ſo kan die immiſſio in ipſas ædes ruinoſas geſchehen, aber nur ex primo decreto, ſcilicet ut iſte inſiſtat ipſis ædibus donec intra certum tempus caverit. γ) Will er alsdenn noch nicht caviren: ſo findet die immiſſio ex ſecundo decreto ſtatt, daß das Haus verkaufet, und dem Eigenthümer der Werth deſſelben zugeſtellet wird.

§. 855. Die zweite cautio iſt legatorum ſervandorum nomine, welche nöthig iſt, ſo oft der teſtator legata oder fideicommiſſa in diem aut ſub conditione vermachet. Quum enim utroque caſu dies nondum veniat, immo

priori

priori nequidem cedat: facile contingere poteſt, ut heres interea vel multa excogitet, quominus legatum præſtet. Damit nun dergleichen nicht geſchehen möge, und der legatarius oder fideicommiſſarius ratione legati vel fideicommiſſi ſibi debiti gewiß ſeyn möge: ſo können ſie von dem Erben Caution fordern, daß er die legata oder fideicommiſſa veniente die leiſten wolle. Dieſe Caution zu machen wird von dem Prætore gefordert, dahero auch dieſe cautio legatorum nomine prætoria iſt. L. 144. §. 2. D. *de Legat. 1.* & *tot. tit.* D. *ut legat. nom. cav.*

§. 856. Dieſes waren alſo die cautiones prætoriæ: nunmehro folgen die iudiciales, welche ehemals weder der prætor, noch ſonſt ein magiſtratus forderte, ſondern dieſes that der iudex pedaneus. Dergleichen cautio iſt die cautio de dolo malo, welche nöthig iſt, quando de re reſtituenda litigatur, Z. E. Ich habe entweder rei vindicationem oder actionem furtivam angeſtellet, wenn nun währender Klage erhellet, daß der Beſitzer die Sache mißbrauchte, und dieſelbe alſo geringer machte, daß er hernach nicht mehr die Sache, ſondern ein Skelet reſtituirte: ſo befahl der iudex pedaneus auf Anrufen des Klägers Caution zu machen, rem ſine corruptione & dolo malo reſtituturum iri, ſi ſententia contra poſſeſſorem ferretur. L. 20. L. 54. D. *de rei vindic.* L. 15. D. *de pign. act.*

§. 857. Von eben dieſer Art iſt die cautio de perſequendo ſervo, qui in fuga eſt. Der Nutzen derſelben iſt dreifach: a) wenn einer von dem andern einen Menſchen mit Gewalt heraus gezwungen hat, und da ihm von dem Richter aufgeleget worden, demſelben heraus zu geben, geſaget, daß er davon gelaufen Da wird ein ſolcher nicht nur verdammt, den Werth zu bezahlen, ſondern er muß auch Caution machen, daß er dieſen auf der Flucht begriffenen Knecht mit aller Bemühung und Sorgfalt verfolgen wolle. b) Wenn einer einen im Teſtament vermachten Knecht dem legatario abläugnet, weil er ſaget, daß er davon gelaufen: da will der Richter, daß der Erbe dem flüchtigen Knecht verfolgen ſoll, auf ſeine Koſten, und Caution machen, daß er dieſes bewerckſtelligen wolle. L. 39. L. 69. §. *ult.* D. *de legat.* I. c) Wenn der Ehemann von ſeiner Frau einen ſervum dotalem bekommen hat, und nachdem die Ehe aufhöret, da er den Knecht wieder herausgeben ſoll, ſaget, daß er flüchtig geworden: ſo muß er Caution machen, daß er denſelben verfolgen und wieder herausgeben wolle L. 25. §. 3. D. *ſolut. matrim.*

§. 858. Die letzte cautio iudicialis iſt de pretio reſtituendo, und muß ſo oft geſchehen, als die Sache ſelbſt nicht kan wiedergegeben werden, und der Werth nicht ſogleich kan ausgemachet werden. L. 25. §. 10. D. *fam. erciſ.* Es giebt noch einige andere cautiones, nemlich de re abſente inquirenda & reſti-

reſtituenda, L. 18. D. *ad exhibendum*, de indemnitate præſtanda, L. 19. L. 58. D. *do rei vindic.* de ſolutione certo loco & tempore præſtanda.

§. 859. 861. Communes ſtipulationes nennen wir, welche ſowol der Prætor als Iudex zu machen befiehlet, und deren kommen hier gegenwärtig zween vor. 1) Cautio rem pupilli ſalvam fore, welche die tutores legitimi, und welche von minoribus magiſtratibus gegeben worden, machen. Denn die tutores teſtamentarii ſind davon befreiet, als deren Treue der teſtator erkannt hat. So ſind auch die Vormünder davon befreiet, welche von magiſtratibus maioribus geſetzet worden, quia horum inquiſitio pro cautione cedit (§ 279.). Aber nunmehro wird gefraget, wenn der Prætor, und wenn der iudex dieſe Caution verlangen? Wir antworten darauf: der Prætor urgiret dieſelbe ſo oft, als ein tutor wider ſeinen Willen beſtellet worden, obgleich keine Streitigkeit deswegen vorgefallen. Hingegen verlanget der iudex pedaneus die Caution, wenn z. E. der Vormund den pupillum verklaget actione tutelæ contraria, und ihm der pupillus vorwirft, daß er niemals Caution gemachet habe, rem pupilli ſalvam fore: ſo muß der Vormund annoch Caution machen, L. 13. *princ.* D. *de tut. dat.* 2) Cautio de rato. Dieſelbe leiſtet der procurator, iedoch nicht ein ieder, daher man folgenden Unterſchied wohl zu mercken hat. Entweder hat der procurator gar keine, oder doch keine wahrhafte Vollmacht, ob er auch gleich Caution leiſten will, *tot. tit.* D. *de eo, quod falſo tut.* Oder der procurator hat zwar ein verum mandatum, z. E. wenn der Ehemann für ſeine Frau, der Sohn für ſeinen Vater klaget, da wird die Caution zugelaſſen, daß der Herr alles genehm halten wolle. *tot. tit.* D. *de re rat. habend.* Wenn nun dieſe Caution ante litis conteſtationem gefordert wird; ſo iſt dieſelbe eine cautio prætoria: geſchiehet es aber poſt litis conteſtationem, ſo iſt ſie iudicialis, und wird alſo gar recht unter die communes gezählet (§. 880. ſeqq.). Endlich folgen die cautiones oder ſtipulationes conventionales, deren unzählige Gattungen ſeyn. Denn da die ſtipulatio commune negotiorum omnium fundamentum ac firmamentum war: ſo konte faſt kein Contrakt geſchloſſen werden, wozu man nicht eine Stipulation ſetzte. Alſo wurden die Kauf-Contrakte durch ſtipulationes befeſtiget, L. 7. §. *ult.* D. *de contrahend. emt.* PLAVTVS *Epid. Act. III. Scen. IV.* Ja es ſind auch niemanden die ſtipulationes ædilitiæ unbekannt, welche bei allen Kauf-Contrakten hinzu zu kommen pflegten, z. E. equum eſſe vivere, L. 11. §. 4. D. *de act. emt.* ſervum eſſe ſanum, non furem, non fanaticum, non fugitivum &c. So that man auch die ſtipulationes zu den cautionibus, L. 58. §. 1. D. *Locat. conduct.* zu dem mutuo, de uſuris vel pœna conventionali præſtanda, L. 3. *Cod. de uſur.* L. 15. D. *de novat.* Wir haben auch an andern Orten erinnert, daß bei den ſponſalibus, litera-

litterarum obligationibus die ſtipulationes gebrauchet worden. Es hat dieſes BARNABAS BRISSONIVS in ſeinem Buche *de Formulis populi Romani lib. VI.* umſtändlich und mit vieler Mühe ausgeführet. Im übrigen verhält ſich freilich heut zu Tage die Sache gantz anders, da bei den Teutſchen die pacta eben ſo gültig ſeyn, wie die ſtipulationes bei den Römern waren, und weil heut zu Tage auch aller Unterſchied inter Prætorem & iudicem pedaneum aufgehoben iſt. Und daher kömmt es, α) daß heut zu Tage alle ſtipulationes entweder iudiciales oder conventionalis ſind; β) daß die cautiones nicht mehr per ſtipulationes, ſondern durch das bloſſe Verſprechen, oder eine Handſchrift geleiſtet werden: ja daß γ) heut zu Tage ſehr viele cautiones hinwegfallen, weil man ietzo viel eher die Execution haben kan, als vor dem.

Tit. XX.

De Inutilibus Stipulationibus.

§. 862.

Inutiles ſtipulationes werden genennet, welche keine Wirckung haben, gleichwie denn auch die legata und fideicommiſſa in eben dem Verſtande inutilia genennet werden. Es geſchiehet aber aus dreierlei Urſache, a) ob perſonas contrahentium, ſi iſti promittendo ſe obligare nequeunt (§. 863-866.). b) Ob res, quæ in ſtipulationem deducuntur, wenn etwa dieſelben nicht in commercio ſind, oder über welche wir nichts zu ſagen haben (867. 868.). c) Ob formam ſtipulationum non obſervatam (§. 869-871).

§. 863. 864. Wegen der Vielheit der Perſonen müſſen viele inutiles ſtipulationes ſeyn. Denn 1) diejenigen, welche nicht conſentiren können, können auch weder ſtipuliren, noch verſprechen: und wie will einem wohl ein Contrakt begreiflich werden, ohne Einwilligung? Daraus flieſſet nun aber von ſelbſt, α) daß weder Kinder, noch mente capti, noch ſurdi & muti etwas ſtipuliren oder verſprechen können: denn ohne Einwilligung kan man ſich weder von der ſtipulatione, noch von der promiſſione einen Concept machen. β) Pupilli infantia maiores können zwar ſtipuliren auch ohne Autorität ihres Vormundes, ſie können aber nichts verſprechen oder ſich verbindlich machen. Denn da ſie etwas verſprechen, verbinden ſie ſich, wodurch ſie ihren Zuſtand verſchlimmern: hingegen wo ihnen etwas ſtipuliret wird, ſo verbindet ſich ihnen ein anderer, und dadurch wird ihr Zuſtand verbeſ-

verbeſſert (§. 851.). Daher kömmt die wichtige Frage vor, an pupillus & minor obligentur ſaltim naturaliter? Die meiſten ſagen, pupillum & minorem tantum obligari naturaliter, nec civilis obligationis capacem eſſe utrumque. Ob wir nun gleich dieſes gar gerne von den pupillis zugeben: ſo verhält ſich doch die Sache bei den minoribus gantz anders, wie dieſes VLRICVS HVBERVS *in Prælect. ad Inſtit. h. t.* §. 11. ſeqq. und ZACHARIAS HVBERVS *in Diſſert. Philolog. Iurid.* P. I. *diſſ. de obligatione puberum* umſtändlich ausgeführet und gewieſen haben, minores vere & civiliter obligari. Und da nach dem L. 101. D. *de Verbor. oblig.* die puberes ſine conſenſu curatorum ex ſtipulatione können verbunden werden, wer wird wohl ſagen, daß an dieſem Orte die obligatio naturalis, nicht aber die civilis verſtanden werde? Aus einer ſtipulatione entſtehet alſo keine naturalis, ſondern civilis obligatio. Es flieſſet auch nichts anders aus dem L. 43. D. *de Oblig. & Act.* und L. 9. §. 4. D. *de iureiur.* alwo geſaget wird, daß die minores den Eid deferiren können, welches aber keiner thun kan, wenn er nicht liberam diſponendi ſeque obligandi facultatem hat. So kan man dieſes auch daraus erſehen, daß die minores in integrum reſtituiret werden: wozu wäre nun aber wohl dieſe reſtitutio nöthig, wenn die minores nicht cum effectu civiliter verbunden würden? 2) Das zweite axioma, welches wir hier zu mercken haben iſt, quod ſtipulatio ſit conſenſus duorum vel plurium. Daraus flieſſet, a) daß keine ſtipulatio zwiſchen dem Vater und Sohne beſtehen könne, als welche nicht für zwo Perſonen, ſondern nur für eine gehalten werden (§. 1396.). Ferner kan auch b) keine ſtipulatio beſtehen zwiſchen dem Herrn und dem Knechte, als unter welchen ebenfals ein vinculum poteſtatis iſt. Und da nach den Römiſchen Rechten ein Knecht für keine Perſon gehalten wird: ſo erhellet daraus, daß der Herr und der Knecht, wenn ſie unter einander handeln, nicht für zwo Perſonen können gehalten werden. Man kan noch dieſe Urſache hinzu ſetzen, daß alles, was der Knecht hat, ſeinem Herrn zugehöre, und das alles, was er adquiriret, dem Herrn erworben werde. Daher würde die ſtipulatio gantz vergeblich und unnütze ſeyn, wenn ſich der Knecht von dem Herrn, oder der Herr von dem Knechte etwas ſtipuliren wolte. Endlich c) verdienet auch dieſes noch angemercket zu werden, daß nicht einmal zween Brüder, welche unter eines Vaters Gewalt ſtehen, unter ſich ſtipuliren können, wie ſolches ausdrücklich in L. 38. D. *de condict. indebit.* geläugnet wird. Denn obgleich hier zwo Perſonen ſind: ſo ſind doch dieſelben filii familias, welche nichts eigenes haben, ſondern nach den alten Rechten alles dem Vater zugehöret. Und da wäre es eben ſo viel, als ob der Vater von ſich etwas ſelbſt ſtipuliret hätte, wenn ein Bruder von dem andern ſtipuliren wolte. Denn was ein Bruder zu geben verſpricht, gehöret dem Vater zu, und was

der

der andere Bruder durch die Stipulation adquiriret, das erwirbet er ſeinem Vater.

§. 865. 866. Das andere axioma iſt, alteri ſtipulari non poteſt, niſi ſtipulantis ipſius interſit. Die Urſache dieſes axiomatis ſtehet §. 19. *Inſt. h. t.* Denn es ſind die ſtipulationes oder obligationes deswegen erfunden worden, daß ein ieder ſich ſelbſt etwas erwerben kan; wenn im übrigen einem andern etwas gegeben wird: ſo iſt dem ſtipulatori nichts daran gelegen. Wir haben aber nicht einmal nöthig darauf zu verfallen, ſondern es iſt genug, wenn wir ſagen, daß dieſes ſelbſt aus der Natur und Eigenſchaft der Verbindung flieſſe. Denn da wir oben (§. 768.) geſaget haben, obligatio eſt iuris vinculum, quo adſtringimur neceſſitate alicuius rei ſolvendæ: ſo flieſſet aus dieſer definition dieſes, ut obligatio perſonam non egrediatur: ſi perſonam non egreditur, nec poteſt quis agere ex ſtipulatu, niſi qui ſtipulatus eſt, adeoque nemo, niſi ſibi ipſi ſtipulari poteſt; id quod erat demonſtrandum. Und nunmehro ſind wir im Stande folgende Schlüſſe zu verſtehen. 1) Pater ne filio quidem ſtipulari poteſt, niſi heredi, §. 4. *Inſt. h. t.* L. 17. §. 4. D, *de pact.* L. 33. D. *eod.* Denn obgleich eine ſolche ſtipulatio dem Vater, welcher ſtipuliret, nützlich iſt: ſo bringet ſie doch dem Sohne keinen Nutzen, als welcher bei Lebzeiten ſeines Vaters ſich nichts erwirbet. Jedoch nutzet dieſelbe dem filio heredi, weil er alsdenn in die Rechte des Verſtorbenen tritt. 2) Si quis copulative ſibi & *Titio* ſtipulatus eſt, pro parte tantum ſtipulantis valet ſtipulatio, §. 4. *Inſt. h. t.* Denn der andere hat kein Recht ex ſtipulatione tertii. 3) Si quis ſibi & *Titio* diiunctive ſtipulatus eſt, ſtipulatio valet eatenus, ut quidem promittens ſoli ſtipulatori obligetur, in eius tamen arbitrio ſit, illi an Titio ſolvere malit. Dieſes flieſſet her aus einer Regel der Auslegung: verba ita interpretanda ſunt, ut exitum inveniant. Es kan aber eine ſolche ſtipulatio einen Ausgang gewinnen, wenn wir ſetzen, daß der ſtipulator ſich ſtipuliret, die Zahlung aber auf *Titium* gebracht habe. Und dieſes Rechtes bedienen wir uns noch ietzo. Denn heut zu Tage gilt auch die ſtipulatio in gratiam tertii interpoſita, wenn der tertius dieſes factum gut heiſſet, ehe der promittens das Verſprechen wiederruſet. Denn davon iſt die Regel bekannt, ratihabitio retrotrahitur ad initium negotii. 4) Tutor a contutore gerente recte ſtipulatur, rem pupillo ſalvam fore. Denn da ſtipuliret er nicht ſowol dem Unmündigen, ſondern vielmehr ſich ſelbſt. Denn wenn der Mitvormund die Vormundſchaft übel verwaltet: ſo iſt die Gefahr nicht allein bei dem Unmündigen, ſondern auch bei dem andern Vormunde. Vbi vero noſtra intereſt, ibi & alii ſtipulari poſſumus, §. 19. *Inſt. h. t.*

§. 867. 868. Es können auch bisweilen die Sachen, worüber stipuliret wird, eine Stipulation unnütze machen. Denn da einer dem andern durch die Stipulation verbunden wird, etwas zu geben, oder zu thun: so kan 1) über Sachen, welche nicht in commercio sind, nicht stipuliret werden. Es mögen nun die Sachen entweder nicht absolute in commercio seyn, z. E. eine Kirche, oder restrictive ratione personæ stipulantis. Daher kan z. E. ein Jude einem Christen einen christlichen Knecht versprechen: hingegen kan kein Christe einem Juden einen christlichen Knecht versprechen, L. 1. Cod. ne mancip. christ. iudæus, pagan. vel heret. habeat. 2) Sachen, welche gar nicht existiren, oder doch nicht existiren können, die können auch nicht in stipulationem gebracht werden, z. E. wenn einer einen faunum, centaurum, Phönix, ein Schiff damit in dem Mond zu fahren, oder Flügel versprechen wolte; Sachen aber, die zwar noch nicht vorhanden sind, aber doch existiren können, die können stipuliret werden. Also kan z. E. einer dem andern die Erndte des folgenden Jahres von seinen Aeckern, oder die Weinlese aus seinem Weinberge versprechen, L. 73. D. *de verbor. oblig.* Ferner werden auch 3) inutiliter stipuliret, wenn unsere oder fremde Sachen uns versprochen werden. Denn wie kan einer uns etwas versprechen und uns geben, welches schon uns zugehöret? oder wie kan einer uns eine Sache versprechen, deren Herr er doch nicht ist? 4) Res turpes oder impossibiles können gleichfals nicht stipuliret werden. Denn res turpes sind moraliter impossibiles, wie PAPINIANVS in L. 15. D. *de condit. instit.* anmercket: nun aber heisset es, impossibilium nulla est obligatio. 5) Wenn ein factum alienum versprochen wird; das gehet auch nicht an, weil solches nicht kan geleistet werden. Man muß doch aber hierbei einen Unterschied machen, an quis promiserit factum mere alienum, id enim nemo præstare potest; an se effecturum, ut alter faciat, an denique ad indemnitatem se obligarit? Im ersten Falle ist das Versprechen gantz unnütze: im andern Falle aber hat es seinen Nutzen, iedoch wird der promittens befreiet, wenn sich ergiebet, daß er allen Fleiß angewendet, und nichts verabsäumet habe, weil alsdenn niemand zu unmöglichen Dingen kan verbunden werden, L. 185. D. *de Reg. iur.* Im letzten Falle ist der promittens indistincte verbunden, ob er gleich darthut, daß er alles gethan habe, was ihm nur immer mensch- und möglich gewesen: denn er hat keinen andern, sondern sich selbst verbunden.

§. 869. 871. Drittens lieget auch bisweilen ein Fehler in forma stipulationis, und dieser machet, daß dieselbe inutilis wird. Es bestehet aber die forma stipulationis in consensu contrahentium, in interrogatione & responsione congrua, ac denique in verbis ore prolatis utroque præsente. Wenn aus diesen dreien etwas fehlet, so höret die stipulatio auf zu seyn. Aus dem

dem erſten requiſito können wir erſehen, daß alle ſtipulationes inutiles ſeyn, 1) wenn der promiſſor und ſtipulator nicht conſenſum in idem placitum haben. Dieſes kan geſchehen aus einem Irrthum, welcher entweder in der Sache, oder in der Perſon lieget. Denn wenn nur in dem Namen, oder in einer andern zufälligen Sache ein Irrthum begangen wird: ſo iſt die ſtipulatio nicht inutilis. Ferner 2) wenn einer etwas ſtipuliret, oder verſpricht ſub conditione impoſſibili: ſo conſentiren zwar die beeden Contrahenten: ſie geben aber auch zugleich zu erkennen, daß ſie entweder Schertz treiben, oder nicht recht unter dem Huthe verwahret ſind. In beeden Fällen können ſie nicht mit einander contrahiren, und man erſiehet daraus, warum eine unmögliche Bedingung bei einem Contrakt einen Fehler zuwege bringet, §. 4. *Inſt. h. t.* L. 31. D. *de oblig. & act.* Hingegen iſt es in teſtamentis gantz anders, in welchen die conditio impoſſibilis pro non ſcripta gehalten wird: wir haben aber dieſe Sache oben (*Tit. de Legatis*) umſtändlich abgehandelt. Aus dem zweiten requiſito erhellet, 3) daß keine Verbindung entſtehen kan, wenn einer anders antwortet, als er iſt gefraget worden. Und derohalben gilt auch die ſtipulatio nicht einmal auf diejenige Summe, derentwegen conſentiret worden, z. E. wenn einer eine gröſſere Summe gefordert, und iener eine kleinere verſprochen hat. Denn obgleich in dem gantzen auch der Theil enthalten iſt, L. 113. D. *de Reg. Iur.* ſo ſtehet doch hier der ausdrückliche Text in §. 5. *Inſt. h. t.* entgegen, welcher gegen die Diſſentientes wohl muß gemercket werden. 4) Si duæ res diverſæ rogantur, & una promittitur, de una illa omnino tenebitur promiſſor, §. 18. *Inſt. h. t.* L. 1. §. 4. L. 83. §. 3. D. *de verbor. oblig.* Endlich ſchlieſſen wir aus dem dritten requiſito, 5) daß unter abweſenden Perſonen keine ſtipulatio vorgehen könne, daher per epiſtolam, internuntium, & procuratorem nicht ſtipuliret wird. Denn die ſtipulatio war ein contractus verbalis, welcher dieſe Natur und Eigenſchaft hatte, daß dabei verba ſolemnia viva voce muſten gebraucht werden, iedoch wenn eine Schrift oder Inſtrument vorhanden iſt, darin geſaget wird, daß die ſtipulatio geſchehen ſey: ſo wird demſelben ſo lange geglaubet, bis das Gegentheil erwieſen wird. Denn davon haben wir die Regel, pro ſcriptura militat præſumtio veritatis & ſolemnitatis, deren Grund ſich in §. 12. und 21. *Inſt. h. t.* findet. Im übrigen gilt dieſe Regel nicht nur bei den ſtipulationibus, ſondern auch bei den teſtamentis, und allen andern Inſtrumenten, und hat ihren fürtreflichen Nutzen, daher dieſelbe auch von MASCARDO MENOCHIO, FVLVIO PACIANO, und andern, welche *de præſumtionibus* geſchrieben haben, umſtändlich erkläret wird.

Tit. XXI.

De Fideiussoribus.

§. 872-874.

Hier wird gehandelt von den fideiussoribus oder Bürgen, weil die fideiussio eine species stipulationis ist. Denn es wurde dieselbe nicht anders vollzogen, als per interrogationem & responsionem congruam: *Fideiubes? Fideiubeo; Fidepromittis? fidepromitto: Adpromittis? adpromitto: Mandas? mando.* Daher kömmt es, daß die fideiussores auch fidepromissores, adpromissores, und wenn die fideiussio eher geschehen, als das debitum principale ist gemachet worden, mandatores genennet werden. Im übrigen wird hier gefraget, 1) quid sit fideiussio, & quæ eius natura? (§. 873. seqq.) 2) Qui fideiubere possint, vel non? (§. 875. seqq.). 3) Quibus obligationibus accedere possit fideiussio? (§. 877. seqq.). 4) Quem effectum illa habeat. (§. 879.). 5) Quænam beneficia competant fideiussoribus? (§. 880-886.). Was die erste Frage betrift, quid sit fideiussio eiusque natura? so dienet darauf zur Antwort, daß wir dieses theils aus der definition, theils aus den daraus angezogenen axiomatibus erlernen. Die definition von der Bürgschaft ist diese, daß der fideiussor derjenige sey, qui alienæ obligationi mediante stipulatione & sine novatione accedit. In dieser Definition ist nichts vergebens gesetzet. Wir haben gesagt, daß der Bürge eines andern Verbindung beitritt: denn die fideiussio ist ein contractus accessorius, wie denselben PUFENDORF gar recht genennet hat, und daher muß eine obligatio principalis eher da seyn, als die fideiussio. Denn wenn die Bürgschaft der Haupt-Verbindung vorgehet: so ist es keine Bürgschaft, sondern ein mandatum. Hernach haben wir auch gesaget, fideiussorem accedere per stipulationem. Denn wenn einer sine stipulatione interposita für einem andern genugzuthun verspricht, is non fideiubere, sed constituere dicitur. Dahero ist die fideiussio und stipulata pecunia dergestalt von einander unterschieden, daß iene ein contractus verbalis oder stipulatio ist, diese aber ein pactum prætorium: aus iener entstehet die actio ex stipulatu, aus diesem die actio de constituta pecunia. Hernach haben wir auch in der Definition hinzugesetzet, fideiussorem accedere alienæ obligationi sine novatione. Denn die obligatio principalis wird hier nicht aufgehoben, und der Schuldner wird deswegen nicht befreiet, weil ein anderer für ihn gut gesaget hat: sondern es geschiehet hier nur dieses, daß der Gläubiger desto mehrere Sicherheit bekömmt, daß das geborgete Geld soll wiedergegeben werden. Wenn ich dahero sage: ich nehme *Titii* Verbindung dergestalt auf mich, daß er gantz und gar davon

soll

ſoll befreiet werden: ſo iſt dieſes keine fideiuſſio, ſondern es wird expromiſſio genennet, dergleichen ohne allen Zweifel diejenige iſt, welche der Apoſtel PAVLLVS für *Oneſimo* gethan, *Philem. v.* 11. ſeqq. *Si quid damni dederit iniuria, vel ſi quid aebeat Oneſimus, hoc imputa mihi, ego Paullus mea manu ſcripſi, ego exſolvam.* Es hat mich zwar der ſonſt gelehrte Herr Canzler PFAFF in Tübingen deswegen in einer beſondern Rede angegriffen, allein er hätte beſſer gethan, wenn er ſeine Theologiſche Feder nicht in Juriſtiſche Dinte getuncket hätte: denn daß er niemals ein Rechtsgelehrter geweſen, hat er ſelbſt bekennen müſſen. Ich will mich dabei gar nicht aufhalten, ſondern des Herrn ZACHARIÆ NVBERI *Diſſert. Philolog. Iurid. lib. I. Diſſ. III.* c. 2. recommendiren, alwo dieſer gelehrte Mann obiges ſo gründlich ausgeführet hat, daß niemand mit Beſtand der Wahrheit dagegen etwas wird einwenden können. Daraus können wir nun leichte die axiomata de fideiuſſione verſtehen, 1) fideiuſſio eſt ſtipulatio, L. 12. *Cod. de fideiuſſor.* Denn alſo wird ſie in L. 1. D. *ad SCtum. Velleian.* und in L. 2. *princ.* D. *de Reg. Iur.* genennet. IACOBVS GOTHOFREDVS *ad d.* L. *de Reg. Iur.* Man ſiehet dieſes auch daraus, weil ſonſt die fideiuſſio nicht würde von dem conſtituto unterſchieden ſeyn. 2) Fideiuſſio eſt negotium virile & civile, & 3) fideiuſſio eſt contractus acceſſorius. Denn die Weiber können ſich nicht verbürgen, und hernach, ſo iſt dieſer contractus fideiuſſionis in ſecuritatem creditoris & debitoris erfunden worden. 4) Fideiuſſor olim ut correus, hodie ſi beneficio ordinis utitur, in ſubſidium obligatur. Nemlich, es ſtunde ehemals in dem Wohlgefallen des Gläubigers, ob er den debitorem principalem, oder den fideiuſſorem belangen wolte, L. 20. D. *de condict. indebit.* Denn man richtete ſich hierin nach dem Ausſpruch *Thaletis Mileſii: ſponde, noxa præſto, eſt*, bei DIOGENE LAËRTIO *in vitis Philoſophorum lib. I. n.* 37. Eben dieſes Recht hat zwar der Gläubiger noch heut zu Tage, daß ihm die Wahl frei ſtehe, entweder dem Haupt-Schuldner, oder den Bürgen zubelangen: allein heut zu Tage haben die Bürgen das beneficium ordinis, von welchen unten ſoll gehandelt werden. Wenn ſich der Bürge dieſes beneficii bedienet: ſo iſt er nicht ſchuldig, eher etwas zubezahlen, als bis der Haupt-Schuldner ausgeklaget worden, und derſelbe nicht hat bezahlen können.

§. 875. 876. Wir gehen nun zum zweiten Theile dieſes Titels, da die Frage zu erörtern ſeyn wird, qui fideiubere poſſint, vel non? Wir antworten darauf, da wir in dem erſten axiomate angemercket haben, quod fideiuſſio ſit ſtipulatio: ſo folget daraus, a) quicumque poſſunt ſtipulando obligari; & ſecundum axioma ſecundum, quicumque poſſunt virile & civile officium obire, ii quoque poſſunt fideiubere. Da nun alſo aus dem erſten axiomate flieſſet, daß die Kinder, furioſi, mente capti, ſurdi & muti ſich nicht

verbürgen können, als welche nicht im Stande sind zu verstehen, was gehandelt wird, und auch keine verba solemnia vorbringen können; ja es können auch solches die prodigi, pupilli und minores nicht thun, nisi accedat tutoris auctoritas: also kan auch aus den letztern die Ursache angezeiget werden, warum nicht die milites pro paganis, L. 8. §. 1. D. *qui satisd. cog.* nicht die Geistlichen für die Layen, *Nov.* 123. *cap.* 6. noch die Weiber, entweder für einen Fremden, noch für ihre Männer sich verbürgen können. Die Bürgschaft der Weiber für andere ist durch das SCtum Velleianum aufgehoben worden, weil dasselbe der Bürgschaft einer Frau alle Wirckungen benimmt, und haben will, daß wenn eine Frau deswegen Geld gezahlet hat, sie dasselbe per condictionem indebiti wieder fordern könne. *de* LUDEWIG dissert. *de Senatusconsulto Velleiano.* Es finden sich doch aber dabei einige Ausnahmen, α) si mulier vel in rem suam fideiusserit, L. 8. §. 1. D. *qui satisd. cog.* oder β) wenn eine Frau für die Bürgschaft etwas bekommen hat, oder γ) eine offenbare Betrügerei gespielet, oder δ) Kaufmannschaft treibet, oder ε) wenn sie ihres privilegii sich begiebet, und für ihren Ehemann sich verbürgen will, *Authent.* si qua mulier. *Cod. ad SCtum Velleianum.* Jedoch ist hierbei zu mercken, daß die Frau für allen Dingen vor der Begebung wegen ihres privilegii muß unterrichtet werden. BOEHMER. dissert. *de efficaci mulierum intercessione.*

§. 877. 878. Die dritte Frage, welche in diesem Titel aufzulösen vorkömmt, ist diese: quibusnam negotiis accedere possint fideiussores? Nach unsern oben angeführten dritten axiomate, quod fideiussio sit contractus accessorius, schliessen wir, α) daß die fideiussio zu allen contractibus, ja zu allen obligationibus naturalibus, welche sonst nicht einmal einen effectum civilem haben, könne hinzugesetzet werden. Und daher kan es geschehen, daß der Haupt-Schuldner civiliter nicht, und der Bürge verbunden wird, z. E. wenn einer pro pupillo promittente sine auctoritate tutoris sich verbürget hat: so kan der pupillus nicht belanget werden, und der Bürge ist doch verbunden, nisi leges civiles debitoris principalis obligationem plane reiiciunt vel damnant, quod fit SCto Velleiano. Wenn dahero sich einer für eine Frau verbürget, welche fideiubiret, so ist er nicht verbunden, geschiehet es aber pro filio familias, so ist er allerdings verbunden, quia obligationem feminæ fideiubentis lex plane reiicit: Obligationem filii familias naturalem, si pecuniam mutuum sumsit, non reiicit SCtum Macedonianum, sondern es giebet ihm nur eine Ausflucht. Ob ein Gesätz die Verbindung gantz verwerfe, solches kan daraus leichte verstanden werden, wenn wir erwägen wollen, ob ein Gesätz nur eine Ausflucht gebe, welches in SCto Macedoniano geschiehet, oder ob auch eine actio, oder condictio indebiti daher entspringe, wie bei dem SCto Velle-

iano

iano geschiehet. Es wird aber ferner gefraget, ob auch in Verbrechen die Bürgen zugelassen werden? Man muß hier einen Unterschied machen. Denn entweder ist die actio popularis, oder nicht: ist die actio popularis, so werden keine Bürgen angenommen, L. 56. §. *ult.* D. *h. t.* Bei andern muß man wieder einen Unterschied machen, sit ne causſa capitalis, an non. Wenn die Strafe auf eine Geld-Strafe hinauslauft: so werden da fideiussores angenommen, L. 20. §. *ult.* L. 56. §. *ult.* D. *h. t.* Ja es werden auch Bürgen zugelassen, wenn keine indicia gegen den reum streiten, da derselbe, wenn er einen salvum conductum erhalten hat, und fideiussores de iudicio sisti bestellen will, so werden dieselben zugelassen. Aber pro iudicio capitali aut poena corporis adflictiva imminente werden keine Bürgen zugelassen, weil dieselben nicht gleiche Strafe übernehmen können, wenn der Verbrecher etwa das Haasen Panier ergrifen hätte. Dergleichen Exempel finden sich bei CICERONE *de amicitia.* & in *Excerpt.* PEIRESC. p. 224. HYGINO *Fab.* 257. Solche Exempel hat der berühmte Rechtsgelehrte PAVLLVS VOËTIVS *de statutis lib. V.* c. II. §. 22. vertheidigen wollen: allein er ist von dem Hern HERTIO *in Not. ad* PVFENDORF *de iure nat. & gent. lib. II.* c. X. §. 12 gründlich widerleget worden. Aus unsern obigen dritten axiomate fliesset ferner, fideiussorem se obligare magis, sed non in maius: denn es würde abgeschmackt seyn, wenn ich hundert Thaler schuldig wäre, und mein Bürge auf 200. Thaler solte verbunden werden, quia accessorium sequi debet suum principale. Aber es ist nicht ungereimt, wenn ich z. E. aus einer Handschrift schuldig bin, und der Bürge hat ein Pfand gegeben: denn ein Bürge wird deswegen gegeben, ut eo securior sit creditor, securior autem redditur, si fideiussor se arctius obligat, quam ipse debitor principalis. Hier aber kömmt eine neue Frage vor, an fideiussor obligetur ad summam concurrentem? PEREZ *ad* L. 8. D. *de fideiuss.* läugnet dieses, allein gantz ohne Grund. Endlich schliessen wir auch aus unsern axiomate, daß wenn die Haupt-Verbindung aufhöre, alsdenn auch die Verbindung des Bürgen hinwegfalle, quia accessorium sequitur suum principale, L. 9. §. 2. D. *de solut.*

§. 879. Hier kömmt die vierte Frage vor, quinam sit fideiussionis effectus? Diese Frage kan aus dem vierten axiomate gar leichtlich aufgelöset werden. Denn es heisset, tenetur fideiussor in subsidium, woraus fliesset, 1) wenn der reus principalis nicht bezahlet, der Bürge alsdenn, und dessen Erben zahlen müssen, weil die Bürgschaft ist zu dem Ende erfunden worden. Ferner fliesset daraus, 2) ut plures fideiussores teneantur in solidum. Denn sie sind zur Sicherheit des Gläubigers bestellet worden: nun aber könte einer keine Sicherheit haben, wenn die übrigen ein Banquerout machten, und er nur einen Theil von einem anzunehmen gezwungen würde. So schliessen

sen

ſen wir auch daraus, 3) ut adverſus fideiuſſores, reo non ſolvente, detur actio ex ſtipulatu: wovon die Urſache dieſe iſt, weil die Bürgſchaften durch die ſtipulationes allein vollzogen werden, wie wir ſchon oben (§. 873.) angemercket haben. Ferner, 4) ut ſi quis ad certum tempus cum proteſtatione fideiuſſerit, lapſu temporis liberetur per exceptionem pacti, vel doli, L. 44. §. 1. D. *de oblig. & act.* Denn da iſt der Gläubiger ſelbſt in Schuld, welcher z. E. gewußt hat, daß der Bürge ſich nur auf ein Jahr verbunden, und er dennoch den Haupt-Schuldner unter dieſer Zeit hat durchwiſchen laſſen, L. 44. §. 1. D. *de oblig. & act.* Endlich ſchlieſſen wir auch daraus 5) ut ſi creditor in mora fuerit exeutiendi debitorem, quum adhuc ſolvendo eſſet, fideiuſſio ſimiliter exſtinguatur. Denn die mora creditoris in urgendo befreiet den Bürgen. Und deswegen hat man die provocationem ex L. *Si contendat* 28. D. *de fideiuſſor.* erfunden, nach welcher der Bürge, wenn er ſiehet, daß der Gläubiger dem ſäumigen und nachläßigen Schuldner durch die Finger ſiehet, und ſich hernach, wenn dieſer ſein Gut durchgebracht hat, an den Bürgen halten will: ſo kan der Bürge den Gläubiger ausfordern, daß er entweder die Klage gegen ihm anſtelle, oder leide, daß ihm ein ewiges Stillſchweigen aufgeleget werde. Wir haben noch ein ſolches remedium in unſern Rechten, welches das remedium ex Lege diffamari genennet wird. Daſſelbe findet ſtatt, wenn ſich einer von einem andern etwas berühmet: das erſtere aber findet ſtatt, wenn einer, da er klagen ſolte, ſolches nicht thut, und zwar in der Abſicht, daß er mir meine Ausflucht will unnütze machen.

§. 880-882. Wir kommen ietzo auf den letzten Theil dieſes Titels, in welchen gefraget wird, quæ beneficia iuris competant fideiuſſoribus? Wir antworten darauf, daß deren drei ſeyn. Das erſte heiſſet beneficium diviſionis, wie auch beneficium ex epiſtola D. *Hadriani*, weil daſſelbe durch eine Satzung dieſes Keiſers iſt eingeführet worden. CVIACIVS *ad tit. Inſt. de SCto Tertull.* will ſolches nicht *Hadriano*, ſondern *Antonino Pio* zuſchreiben, da ſie in dem Edicto perpetuo geſtanden, wie ſie denn PAVLLVS *Lib. I. Recept. Sentent. Tit. XX.* §. 1. daraus herleitet. Es ſcheinet aber, daß der Keiſer *Antoninus Pius* dieſes beneficium per novam epiſtolam beſtättiget hat, wovon ſich in L. 49. §. 1. D. *de fideiuſſ.* einige Spuren finden. Das zweite beneficium iſt das beneficium ordinis, und das dritte beneficium cedendarum actionum. Das beneficium diviſionis findet ſtatt: ſo oft viel Bürgen für einem gut geſaget haben. Denn wenn ſie alsdenn alle ſolvendo ſind: ſo haben ſie dieſes beneficium, daß nicht einer vor alle, ſondern ein ieder pro rata können belanget werden, §. 4. *Inſt. h. t.* Dahero gehöret dieſes beneficium diviſionis nur für die Bürgen und kan hingegen den correis, welche ſich in ſolidum verbunden haben, nicht zu ſtatten kommen, es wäre denn, daß ſie ſich zugleich

als fideiussores verbürget hätten. Wir haben dieses schon oben (§. 845. III.) ausgeführet, obgleich die Rechtslehrer gemeiniglich andere Gedancken hegen. Noch vielweniger haben die fideiussores succedanei sich dieses beneficii zu erfreuen, als welche fideiussores fideiussorum sind, L. 27. §. *ult.* D. *de fideiussor.* Dieses beneficium fällt hinweg, α) wenn die Bürgen diese Ausflucht nicht anführen, L. 26. L. 30. D. *h. t.* β) Wenn die Mitbürgen nicht zahlen können: so muß ein ieder in solidum zahlen (§. 879. II.). γ) Wenn die Bürgen nicht können belanget werden, z. E. wenn sie flüchtig sind, oder sich in einem fremden Lande aufhalten, da kan dieses beneficium nichts nutzen. δ) So fällt dasselbe auch hinweg, wenn die Bürgen sich desselben begeben haben. Denn da kein Zweifel ist, quemlibet posse iuri in favorem suum introducto renunciare: so gehet dieses auch bei denen Bürgen an. Ja es kan diese Begebung auch stillschweigend geschehen, wenn nemlich die Bürgen sich verbunden haben, einer für alle, und alle für einem.

§. 883. 884. Die zweite Rechts-Wohlthat, so die Bürgen haben, ist das beneficium ordinis seu excussionis, und ist von dem vorigen folgendermassen unterschieden. Jenes bedienen sich die Bürgen unter sich, dieses wird gegen den Gläubiger gebrauchet: durch ienes suchen sie, daß die Verbindung unter den Mitbürgen getheilet werde, durch dieses suchet man nur zuwege zubringen, daß die Bürgen nicht eher können belanget werden, als bis der Haupt-Schuldner ist ausgeklaget worden. Das letzte heisset so viel, es müssen vorhero dem Haupt-Schuldner seine Güter seyn genommen und verkaufet worden, und alsdenn erhellet, daß er nicht solvendo ist. Aus dieser Beschreibung erhellet von selbst, 1) daß dieses beneficium hinwegfalle, wenn der Haupt-Schuldner nicht mehr im Stande ist, zubezahlen. Denn wenn man denjenigen, welcher nichts mehr hat, ausklagen wolte: so würde es eben so herauskommen, als ob man wolte einen nackenden die Kleider nehmen. Ferner fällt dieses beneficium hinweg, 2) si debitor principalis latitet, vel in fuga sit, *Authent.* præsente, *Cod. h. t. Nov.* 4. c. 1. So muß auch dieses beneficium hinwegfallen, 3) wenn sich der Bürge desselben begeben hat, L. *penult. Cod. de pact.* Denn wir haben da die Regel: ad iura semel renunciata, non datur regressus. Ueberdis hilft dieses beneficium dem Bürgen nichts, 4) wenn er läugnet, daß er sich verbürget habe, L. 10. §. 1. D. *h. t.* Endlich fällt dieses beneficium auch hinweg, 5) unter Kaufleuten, wenn einer sich für den andern verbürget hat: ja auch in Sachsen in dem Falle, wenn der Bürge sich als Selbst-Schuldner verbunden hat.

§. 885. 886. Das dritte beneficium ist cedendarum actionum: denn der Bürge ist nicht eher schuldig, etwas zubezahlen, als bis der Gläubiger ihm alle iura und actiones, die er gegen die Mitbürgen abtritt, L. 17. L. 36.

L. 39. D. L. 2. L. 11. L. 14. *Cod. h. t.* Daraus erhellet nun, daß dieſe ceſſio vor der Zahlung geſchehen müſſe: denn wenn gezahlet wird, actio perimitur, ſi peremta eſt, cedi non poteſt, L. 67. D. *de ſolut.* es wäre denn, daß auf dieſe ausdrückliche Bedingung die Zahlung geſchehen, daß die actiones ſolten abgetreten werden, L. 76. D. *de ſolut.* Man möchte aber hier fragen: cui bono accipit fideiuſſor actiones ceſſas? an ut adverſus debitorem agere & ſolutum ab eo repetere poſſit? Wir antworten darauf: keinesweges. Denn wieder den Schuldner kan der Bürge directe klagen, hat er ihm befohlen, daß er ſich verbürgen ſoll: ſo hat der Bürge actionem mandati. Wenn der Schuldner nicht gewuſt, daß ſich einer für ihm verbürget hat: ſo hat der Bürge actionem negotiorum geſtorum. Wer aber ſich für einen andern wider ſeinen Willen verbürget, der hat gar keine Klage, und es wird dafür gehalten, daß er ihm etwas habe ſchencken wollen. Alſo wird geſraget, was für einen Nutzen die actiones ceſſæ den Bürgen verſchaffen? Wir antworten darauf, daß dieſer Nutzen ſich vornemlich in zween Fällen zu Tage leget: 1) wenn einer für den andern wider deſſen Willen ſich verbürget hat. Denn da hat der Bürge keine actionem directam gegen den Haupt-Schuldner, und muß alſo, will er anders zu den ſeinigen kommen, ex iure ceſſo klagen. So äuſſert ſich auch der Nutzen, 2) wenn einer von den Bürgen in ſolidum hat bezahlen müſſen. In dieſem Falle hat er keine Klage gegen die Mitbürgen, daß ſie pro rata bezahlen ſollen, weil zwiſchen ihnen kein negotium vorgefallen iſt, und derohalben muß er ex iure creditoris ſibi ceſſo klagen. Hieraus erhellet zugleich, daß dieſes beneficii ſich niemand begeben könne, und der Gläubiger, welchen die renunciatio geſchahe, würde davon keinen Nutzen zugewarten haben, weil ihm nichts daran gelegen, ob er die actiones cediret oder nicht. Denn dieſes beneficium iſt nicht gegen die Gläubiger, ſondern gegen die Bürgen eingeführet worden.

Was die Teutſchen Rechte betrift: ſo ſind nach denſelben die fideiuſſiones gar bekannt geweſen. Wenn einer eine Verbindung durch die Bürgſchaft ſich verbindlich machte, der wurde *Wadius* genennet; wenn dergleichen Bürgen aber von der Republick gegeben wurden: ſo nennete man dieſelben *Giſles*, Geiſel. Es wurden auch nicht allein die Bürgen in ſecuritatem creditorum beſtellet, ſondern auch de iudicio ſiſti. So oft alſo einer belanget, oder wegen eines Verbrechens verklaget wurde: ſo muſte er Bürgen beſtellen, daß er auf den geſetzten Tag nicht wegbleiben wolte, wie dieſes DV FRESNE *in Gloſſario mediæ & infimæ latinitatis*, voce *Fideiuſſores* p. 426. durch viele Zeugniſſe bewähret hat. Wenn aber keine Bürgen vorhanden: ſo muſte der reus in das Gefängnis ſpatziren. *Capitul. Pipini Reg. Ital.* c. 36. bei DV FRESNE *c. l.* p. 427. Im übrigen war die obligatio fideiuſſoris bei den Burgun-

gundern nur subsidiaria. Denn es konte der Bürge nicht eher belanget werden, als bis der Haupt Schuldner war ausgeklaget worden, *L. Burgund. addit.* c. VII. Die Verbindung eines Bürgen ging auch bei diesem Volcke nicht auf die Erben, wie aus dem *L. Burgund. Tit. LXXXII.* §. 2. zu ersehen ist. Die Francken liessen den Gläubiger die Wahl, ob er den Bürgen oder den Haupt-Schuldner belangen wolte: war aber der Gläubiger, wenn er den Schuldner belanget hatte, mit seiner Klage abgewiesen worden; so wurde ihm nicht mehr gestattet, den Bürgen zu belangen. *Capitular. Reg. Francor. lib. VII.* §. 334. Die übrigen Teutschen Völcker haben es fast auf eben die Art, wie die Francken, gehalten, da sie den Gläubiger die Wahl gelassen, ob er den Bürgen, oder den Haupt-Schuldner belangen wollen: wie sie denn auch von keinem beneficio ordinis oder excussionis etwas gewust haben. Dieses erhellet klar aus dem Gesätze des Keisers *Otto* II. bei GOLDASTO T. III. *Constit. Imp.* p. 309. & *Collect. Consued. & Legg. Imp.* p. 166. welche SCHILTER viel verbesserter und vollständiger *in Praxi iur. Roman. in for. Germ Exerc.* XLVIII. §. 19. & 22. beibringet: woraus erhellet, daß dem Bürgen kein beneficium ordinis zugestanden worden, sondern es wird befohlen, daß der Bürge beweisen soll, daß der Haupt-Schuldner bezahlet habe. Und daher hat der Herr HERTIVS *in Parœm. iur. Germ, lib. I. parœm.* 94. *Vol.* I. *Opusc.* p. 552. das bekannte Teutsche Sprüchwort gar recht hierher gezogen: den Bürgen soll man würgen. Dieses Recht gilt noch heut zu Tage in Nürnberg, wie aus der Nürnbergischen Reformation *lib. I.* c. 19. kan ersehen werden. Im übrigen muß man hier mercken, daß das Wort würgen so viel heisse; als einem vor Gerichte ziehen, oder wie die Römer zu reden pflegten, obtorto collo rapere. In dem Evangelio von Schalcks-Knecht bei Matth. XVIII, 28. wird dieses gar schön ausgedrücket: er griff ihn an, und würgete ihn. Das Sächsische Landrecht *lib. III. art.* 85 will eben haben, daß der Bürge bezahlen soll. Es heisset: Wer Bürgen setzt also. daß er selbst gelten will, oder seine Bürgen vor ihn: mag ers vollbringen, oder beweisen, daß er es selbst gegolten habe, er hat seine Bürgen gelediget. Wer aber Bürge wird vor dem andern, und gelobet ein bescheiden Geld selbst zu gelten, daß muß er vollbringen mit Gezeugen, daß er es gegolten hat. Eben dieses stehet in dem Weichbilde *art.* 31. Es konte also entweder der Schuldner, oder der Gläubiger belanget werden, und keiner von beiden wurde befreiet, wenn er nicht klaren Beweis führen konte, daß die Schuld bezahlet worden. Und von dem beneficio excussionis findet sich in dem gantzen Sachsen-Spiegel nicht die geringste Spur. Aber der Schwaben-Spiegler macht schon ein ander Gewirre. Denn da derselbe das beneficium divisionis aus den Römischen Rech-

ten in ſeine Sammlung gebracht hat, und daſſelbe einem Meiſter, der da heiſſet Adrianus, der Landrechtes viel gemacht habe, beileget: alſo zeiget er auch nicht undeutlich an, daß den Bürgen das beneficium ordinis zuſtehe. Denn deſſen Worte ſind: Und hat er nicht zu vergelten, des Bürgen ſie da worden ſind, ſie müſſen ſelbſt gelten. Schwaben-Spiegel *cap.* 325. Herr SCHILTER *l. c.* hat aus dieſer Stelle gar recht geſchloſſen, daß der Schwaben-Spiegler das beneficium excuſſionis aus den Römiſchen Rechten in Teutſchland einführen wollen: und daher kömmt es, daß die unterſchiedenen Auflagen des Schwaben-Spiegels ſo mercklich von einander abgehen, weil viele mit der Einführung des Römiſchen Rechts nicht zufrieden geweſen. Bei den Teutſchen iſt auch die Verbindung zum Einlager eine gar bekannte Sache geweſen, da der Schuldner entweder ſich, oder ſeine Lehen-Leute verbindlich machte, daß wenn mit der Zahlung nicht richtig würde inne gehalten werden, ſie auf Erinnern ſich in ein Wirthshaus begeben, und nicht eher daraus gehen ſolten, als bis die Schuld völlig würde bezahlet ſeyn. Dieſe Verbindung nenneten ſie das Einlager, den Einritt, die Leiſtung, oder Leiſtmahnung, und dieſe wurde bei den Teutſchen allen Pfändern und Bürgen weit vorgezogen. Von dem Urſprunge dieſer Gewohnheit hat SCHILTER *de iure obſidum* keine gewiſſere Nachricht beibringen können, als welche er bei BESOLDO *in Theſauro Pract.* voce Leiſtung p. 544. gefunden hat, alwo aus dem Buche IOANNIS PAVLLI Schimpff und Ernſt. *Tit.* von den Buhlern, *cap.* 161. folgende Stelle anführet: das Recht erdacht und funden hat dem Adel zu Leid Hertzog Bergthold von Zähringen: wan der Adel ihm zween Söhn mit Gifft ertödt hat, und vergeben, die zu Solothurn im Sarg liegen, zu Sanct Urſulen, als Felix Hemmerlein davon ſchreibet. Allein es mag Frater PAVLLI und FELIX MALLEOLVS davon geſchrieben haben, was ſie gewolt, ſo iſt doch nichts wahres in ihrer Erzählung enthalten. Denn *Bertholdus*, Hertzog von Zähringen, welcher ſeine Söhne durch die Boßheit ſeiner Gemahlin und der Burgundiſchen Stände verloren, iſt dieſes Namens der fünfte geweſen, und dieſe Sache hat ſich zwiſchen den Jahren 1215. 1218. zugetragen. Nun aber gedencket um eben dieſelbe Zeit der Sachſen-Spiegler *lib. II. art.* 11. des iuris obſtagii, wenn er ſchreibet. Hätte er auch jenem gelobet, davor einzureiten: er iſt des Einreitens ledig, aber nicht des Geldes, noch der Schuld, da er vor einreiten ſolt. Ja es weiſen es die Urkunden aus, daß ſchon vor dieſer Zeit das ius obſtagii in Teutſchland bekannt geweſen, wie die Urkunden bei MADERO *in adpend.* GERVASII TILBERIENSIS *n.* 10. 11. 12. zu finden. Wer ſolte nun alſo wohl glauben, daß dieſes Recht in einem Winckel von Burgund wegen Haß des Adels eingeführet worden, und ſich ſobald in Teutſchland

land ausgebreitet haben? Aus dem *c.* 9. X. *de iureiurando* kan man ersehen, daß die Mönche sich so gar zum Einlager verbunden haben: wie denn auch bei GVICHENON *in Bibliotheca Sebusiana Cent.* I. *n.*24. sich eine Urkunde findet, aus welcher erhellet, daß schon a. 1156. sich einer zum Einlager verbunden hat. Eine Formel, wie sich die Leute zum Einlager verbunden haben, lesen wir in MARTENE *Thesaur. Anecdotor. noviss.* T. I. p. 972. Es ist dieses eine alte Gewohnheit der Teutschen gewesen, die sie, um Treue und Glauben zu erhalten, eingeführet haben: und man hat dahero gar keine Ursache, dieselbe von dem alten Faust-Rechte herzuholen, wie SCHILTER *de iure obsidum* c. II. §. 3. und STRVV *in Hist. iur.* c. 6. §. 36 gethan haben. Im übrigen verbunde sich nicht allein der Schuldner zu dem Einlager, sondern auch der Schuldner mit seinem Bürgen, oder es wurden auch seine Vasallen zum Einlager verbunden, wovon sich die Exempel bei SCHILTER *c. l.* MEIBOM. *in Not. ad* LEWOLDI a NORTHOVE *Chron. Marcan.* p. 411. und MADERO *c. l.* finden. Dieses Einlager war denjenigen, welche sich dazu verbunden hatten, eine sehr beschwerliche Sache. Denn sie musten in dem Wirthshause, wo sie eingeritten waren auf ihre eigene Kosten nicht nur zehren, sondern die Gläubiger funden sich alsdenn auch bei ihnen ein, und schmauseten auf ihre Kosten, wodurch viele Schuldner an Bettelstab gekommen sind. Der vorherangeführte IOANNES PAVLLI, saget davnn: köstliche Mahl heissen Gieselmahl, da man etwa auf ein Stadt, oder auf einen Edelmann mit einem reisigen Hengst leistet. Die essen köstliche Mahl, damit daß grosser Kosten aufgang, daß man sie desto foerderlicher bezahl und ausricht, warumb dann man leistet. Und LEWOLD a NORTHOVE *in Chron. Marcan.* p. 380. giebt folgenden wohlmeinenden Rath: *Et si quando ex quacumque vos oportet mutuum contrahere, cavete vobis ab mutuis usurariis, in quantum poteritis, & maxime ab illis periculosis mutuis, & damnosis, pro quibus vos oporteat multitudinem fideiussorum ponere ad* COMESTVS, *sicut in Colonia consuetum est fieri. Huiusmodi enim debita mortuorum debitores creditorum subiiciunt servituti. Scriptum est enim in libro sapientia: Qui accipit mutuum, servus est fœnerantis.* Nachdem in Teutschland das ius obstagii aufgehoben worden: so hat man dasselbe in Holstein dennoch gelten lassen. Reichs-Abschied *de a.* 1577. *Tit. XVII.* Jedoch ist in *Constitutione Haderslebiensi de a.* 1604. §. 6. gesetzet worden: Und wird hiermit aller alter Mißbrauch mit übermäßiger Zehrung der Einhaltenden die andere Wege gänzlich abgeschafft, und völlig verbothen. Heut zu Tage findet das beneficium ordinis an den wenigsten Orten in Teutschland statt. Denn SCHILTER *in Praxi iur. Rom. in foris Germ. Exerc. XLVIII.* §. 23. beweiset dieses nicht allein bei den Kaufleuten, sondern auch aus den Statuten der Städte,

Venedig, Florentz, Lucca, Nürnberg, Lübeck, u. d. m. obgleich MEVIVS *in Comment. ad Ius Lubec. P. III. Tit. V. art. 1. n. 34. seqq.* dem Lübischen Rechte einen gantz andern Sinn andichtet. Die Worte im Lübischen Rechte lauten also: Wird einer zum Bürgen gesetzt vor Schuld auf gewisse Zeit, der Bürge muß auf den Fall der Nichthaltung die Schuld bezahlen. Allein MEVIVS verstehet die Worte, im Fall der Nichthaltung, davon, wenn der Haupt-Schuldner ist belanget worden, und nicht hat zahlen können. Es wird aber hierin Mevio niemand so leichte Beifall geben. Aus eben diesem principio kan man die Ursache angeben, warum das SCtum Velleianum und die *Authentica* si qua mulier, *Cod. de SCto Velleiano* in Teutschland nicht an allen Orten im Gebrauch sey. Es hat dieses der Herr Cantzler von LVDEWIG in dissertationibus *de SCto Vellejano in Germania exulo* umständlich gezeiget, und davon viele Satzungen der Teutschen gesammlet.

* *

Tit. XXII.

De Litterarum Obligationibus.

§. 887. 888.

Wir haben nunmehro die zweite Art der contractuum nominatorum betrachtet, nemlich die contractus verbales: ietzo folget die dritte Art, nemlich contractus litteralis, qui solis litteris capit substantiam, adeo, ut qui illa scripsit, teneatur, tam &si nihil acceperit. Dieses contractus wird in den Pandekten nicht Meldung gethan, ja so oft die contractus angeführet werden, finden sich deren nur dreierlei, und der contractus litteralis ist allezeit weggelassen, nemlich in L. 1. §. 1. *L. 4. D. de Contract.* L. 8. §. 1. D. *de Fideiussor.* L. 1. §. 1. D. *de novat.* DVARENVS und WISSENBACHIVS schliessen daraus nebst andern, daß dieser Contrakt erst von dem Keiser *Iustiniano* eingeführet worden, und daß man ehemals nicht mehr, als nur vier Arten der benamten Contrakte gehabt. Aber ob man gleich bekennen muß, daß der Keiser *Iustinianus* der litterarum obligationi eine gantz neue Form gegeben habe, so ist doch die Eintheilung der Contrakte, in reales, verbales, litterales und consensuales sehr alt, und gedencket deren schon CAIVS in *Instit. Lib. II. Tit. IX. §. 1. 2.* Gleichwie in den alten Zeiten die stipulatio verbis solemnibus ore prolatis geschahe, und das gemeine Band der Verbindung war: also wurden auch alle contractus verbis solemnibus scriptis per novationem

bestätti-

beſtätiget, L. 17. D. *de Novat.* L. 2. §. 1. D. *de oblig. & act.* L. 38. D. *eod.* Davon führet CICERO *de officiis lib. III.* c. 14. ein Exempel an, und es erhellet auch klar, aus dem L. 6. *Cod Theodoſ. de denunc* alwo es heiſſet: *Si quis debiti, quod vel ex fœnore, vel mutuo data pecunia ſumſiſſet exordium, vel ex alio quolibet titulo in litterarum obligationem facta cautione translatum ſit.* Es iſt aber eine zwifache litterarum obligatio zu unterſcheiden, nemlich die alte und neue. Alſo wurde eine andere vollzogen, wenn ein argentarius ex menſæ ſcriptura ſine ſtipulatione zahlete, und beiderſeits Namen, nemlich des Gläubigers und Schuldners ſeinen, in das Buch eintrug: daher nomen ſo viel, als debitum hieß. CVIACIVS *lib. II. obſerv.* c. 14. *lib. XXII.* c. 4. RAEVARDVS *lib. III. Var.* c. 1. Eine andere litterarum obligatio wurde vollzogen, wenn der Gläubiger zu Hauſe das Geld aus ſeinen Koſten gezahlet, und den Namen des Schuldners in ſeine Tafel geſetzet hatte, alsdenn auch eine ſtipulatio poſt verba ſolemnia in ſcripturam redacta interponirt wurde, wie in L. *ult.* D. *mandat* geſaget wird: *Neque ſtipulatio litteras ſequuta eſt.* Und bei CORNELIO NEPOTE *in Attico* c. 13. *Pecuniam ſine ſtipulatione credidit:* QVINCTILIANVS *lib. IV. Inſtit. Orator.* c. 2. *certam creditam pecuniam peto ex ſtipulatione.* Nun hat der Keiſer *Iuſtinianus* eine gantz neue litterarum obligationem eingeführet, welcher einen Unterſchied macht, ob die Handſchrift zwei Jahr alt, oder nicht ſey? Im erſten Falle konte die exceptio nicht mehr opponirt werden, daß einer das in der Handſchrift benemte Geld nicht bekommen hätte: im andern Falle aber wurde die exceptio non numeratæ pecuniæ zugelaſſen. Denn obgleich aus einer Handſchrift vor Ablauf zweier Jahre kan geklaget werden: ſo iſt doch dem Schuldner die Ausflucht des nicht empfangenen Geldes allezeit in Sicherheit. Und dieſe Ausflucht hat eine ſolche Natur und Eigenſchaft, daß, da ſonſt der reus ſeine Ausflucht beweiſen muß, hier das onus probandi auf den Kläger fällt, §. *un. Inſt h. t.*

§. 889. Wir können die gantze Sache in drei axiomata einſchlieſſen, welche wir kürtzlich durchgehen und erklären wollen. 1) Fundamentum huius obligationis ſunt ſolæ litteræ, intra biennium non retractatæ. Von dieſem Grundſatze ſtreiten ſich die Rechtsgelehrten unter einander gar gewaltig. Einige ſagen, der Grund deſſelben ſey ein mutuum præſumtum, die Vermuthung aber entſtehe aus dem Ablauf der beiden Jahre: und wieder andere halten das gezahlte Geld für den Grund dieſes Contrakts. Beede treffen die Sache nicht im geringſten. Denn gleichwie der Grund der contractuum verbalium verba ſolemnia ſeyn, realium rei traditio, conſenſualium conſenſus: alſo iſt der contractuum litteralium Grund kein anderer, als litteræ. Und da auch nicht glaublich iſt, daß einer ſo närriſch ſeyn wird, daß er die

Hand-

Handschrift, welche er in der Hofnung Geld zu empfangen, von sich gestellet hat, in den Händen des Gläubigers lassen werde, wenn er nichts empfangen hat: so hat gewiß der Keiser *Iustinianus* klüglich gehandelt, wenn er gesetzet, daß eine solche zweijährige Nachläßigkeit dem Schuldner schaden solle, und daher die Vermuthung entstehe, daß er das Geld empfangen habe. 2) Ea locum habet, si quis se ex causſa mutui pecuniam debere fateatur. Die Ursache davon lieget klar am Tage. Denn bei diesem Contrakt ist der Schuldner in Noth, weil er Geld haben will, und thut dahero alles, daß er den Gläubiger durch glatte und süsse Worte zu überreden suche, ihm Geld zu zahlen. Hingegen bei den andern contractibus fällt die Ursache hinweg, warum ein Contrahent den andern flattiren, und sich gleichsam ihn aufdringen solte. Und das erste findet sich sonderlich bei dem mutuo, da es leichte geschiehet, daß derjenige, welcher Geld verlanget, die Handschrift eher von sich stellet, als bis er das Geld empfangen hat: dagegen ist niemand so einfältig, daß er eine Handschrift über Sachen, die bei ihm sollen deponiret seyn, von sich giebet, wenn er nichts empfangen hat. 3) Ex his litteris, elapso biennio, debitor obligatur, etiamsi pecuniam non acceperit. Denn hier ist eine Vermuthung, daß niemand so einfältig seyn, seine Handschrift in den Händen des Gläubigers zwei Jahr zu lassen, ob er gleich kein Geld empfangen hat. Dieses ist eine præsumtio iuris & de iure, wie die Rechtsgelehrten reden, gegen welche kein Gegenbeweiß statt finden kan.

§. 890. 893. Aus dem ersten axiomate schliessen wir, α) daß vor Ablauf zweier Jahre aus der Handschrift keine Klage entstehe. Es muß aber dieses nicht unrecht verstanden werden. Denn es entstehet zwar daraus die actio mutui: allein der Gläubiger muß alsdenn beweisen, daß er das Geld wircklich ausgezahlet habe. Es entstehet auch eine Klage aus der Handschrift: allein es kan der Schuldner dieselbe durch die Ausflucht des nicht empfangenen Geldes vernichten, und die condictio ex chirographo, welche alle Ausflucht des nicht gezahlten Geldes ausschliesset, findet erst nach zweien Jahren statt. β) Der Verfasser der Handschrift kan dieselbe binnen zwei Jahren wieder fordern, welches auf vielerlei Art geschehen kan. Denn 1) kan er die condictionem causſa data, causſa non sequuta, oder auch die condictionem sine causſa anstellen, um dadurch die Handschrift wieder zu bekommen. 2) So kan er auch vor dem Richter sich mit einer Protestation verwahren, daß der Gläubiger die Handschrift sine causſa habe, und ihm also dieses nicht schaden möge, L. 8. L. 14. §. 4. *Cod. de non num. pecun.* Jedoch ist hierbei wohl zu mercken, daß dieses nicht angehe, wenn man aus andern Umständen weiß, daß das Geld gezahlet worden; nemlich, wenn a) Der Gläubiger ausser der Handschrift noch eine besondere Quittung in Händen

den

den hat, worin der Schuldner bekennet, daß er das Geld empfangen habe: wenn nur dieſe Quittung etwas neuer als die Handſchrift iſt, weil ſonſt der Schuldner leichtlich hat dahin können gebracht werden, daß er die Quittung eben ſo leicht als die Handſchrift von ſich geſtellet hat. b) Wenn der Schuldner hernach die Schuld ſelbſt für gültig erkannt hat, z. E. er hat Zinſen gezahlet, um eine Friſt wegen der Zahlung angeſuchet, und dergleichen mehr gethan. c) Wenn der Erbe läugnet, daß das Geld gezahlet worden, da doch der teſtator im Teſtament bekannt hat, daß er ſchuldig ſey. d) Wenn ein argentarius aus der Handſchrift klaget, weil denſelben leichte geglaubet wird, da dergleichen Art Leute alſo handeln, daß ſie weder chirographa geben, noch empfangen, wenn nicht das Geld in continenti gezahlet wird. *Nov.* 136. c. 5. NOODT *de fœn. & uſur. lib. II.* c. 14. CVIACIVS *lib. XXII. Obſerv.* c. 4. Aus dem zweiten axiomate flieſſet ferner 1) daß die Ausflucht des nicht gezahlten Geldes bei dem depoſito nicht ſtatt finden kan. Denn es würde abgeſchmackt und Untreue herauskommen, wenn der deponens eine Handſchrift vorwieſe, darin der depoſitarius bekennet, daß die Sache bei ihm deponiret worden ſey, derſelbe aber dem ohngeachtet die exceptionem non numeratæ pecuniæ opponiren wolte, L. 5. L. 6. L. 8. L. 14. §. 1. *Cod. de non num. pecun.* Es wäre denn, daß er das Gegentheil klar beweiſen könte. Wir haben davon ſchon oben die Urſache angeführet, weil nemlich keine Urſache vorhanden iſt, warum der depoſitarius dem deponenti entweder ſchmeicheln, oder eine Handſchrift eher geben ſolte, als er die Sachen empfangen hätte. 2) Es kan auch die exceptio non numeratæ pecuniæ bei den Quittungen nicht ſtatt finden. Denn eine Quittung giebt nicht der creditor, ſondern der debitor: der creditor aber pfleget dem debitori nicht zu ſchmeicheln. Weil es aber doch bisweilen geſchehen kan, daß einer, unter der Hofnung, Geld zu erhalten, eine Quittung von ſich ſtellt: ſo machen unſere Rechte einen Unterſchied, ob dieſe Quittung publica oder privata ſey. Im erſten Fall wollen die Geſätze, daß keine Ausflucht gegen eine apocham publicam oder iudicialem ſtatt finden ſoll: im letzten Fall aber geſtehen ſie zu, daß die exceptio non numeratæ pecuniæ kan opponiret werden, aber ſolches muß binnen dreißig Tagen geſchehen, L. 14. §. 2. *Cod. de except. non numer. pecun.* 3) Es gehöret auch nicht hieher apocha de dote data, obgleich die Geſätze einigermaſſen auch demjenigen zu Hülffe kommen, welcher in dieſem Falle eine Quittung von ſich geſtellet. Nemlich es geſchiehet bisweilen, daß der Schwieger-Vater ſeinem zukünftigen Schwieger-Sohne eine groſſe Mitgabe verſpricht. Nichts iſt gewöhnlicher, als dieſes: Regia, crede mihi, res eſt, promittere multa. Wenn nun die Hochzeit zu Ende iſt, und der Schwieger-Sohn die Mitgabe verlanget, der Schwieger-Vater ſich dazu bereit erkläret, wenn er nur eine Quittung machen würde,

solches auch der Schwieger-Sohn, der auf des Schwieger-Vaters Treue Schlösser bauet, sich gefallen lässet, und eine Quittung schreibet, und ihn hingiebet: hernach aber der Schwieger-Vater die Quittung behält, und nichts auszahlet. Der Schwieger-Sohn will aus Ehrerbietung nicht eben auf die Zahlung dringen, weil er selbst gute Mittel hat, und nun ereignet sich der Fall, daß seine Frau stirbet: da kömmt der Schwieger-Vater, und verlanget von dem Schwieger Sohne, daß er die Mitgabe wieder herausgeben soll. Da wird alsdenn gefraget, ob der Schwieger-Sohn der von dem Schwieger-Vater vorgezeigten Quittung die exceptionem non numeratæ dotis opponiren könne? Der Sitz dieser Lehre findet sich in *Auth.* quod locum, *Cod. de dot. caut. non num.* alwo ein Unterschied gemachet wird, ob die Ehe binnen zwei Jahren, oder binnen zehen Jahren, oder nach zehen Jahren getrennet worden. Wenn es binnen zwei Jahren geschehen ist, so hat der Schwieger Sohn die exceptionem non numeratæ pecuniæ noch ein Jahr, und wenn dasselbe verflossen ist, kan er nicht weiter gehöret werden. Ist die Ehe binnen Zeit von zehen Jahren getrennet worden: so kan sich der Schwieger Sohn dieser Ausflucht noch bedienen, und zwar binnen drei Monaten von der Zeit an, da die Ehe getrennet worden. Lässet er diese Zeit vorüber streichen: so ist kein Mittel weiter übrig, ihm zu helffen. Wenn endlich die Ehe nach zehen Jahren getrennet worden: so muß der Schwieger-Sohn die Mitgabe herausgeben, er mag sie nun empfangen haben, oder nicht: weil man sich eine solche Gedult ohnmöglich vorstellig machen kan, daß einer solte dem Schwieger-Vater die Quittung gantzer zehen Jahre ohne den geringsten Wiederspruch in Händen gelassen haben.

§. 894. Es ist nichts mehr übrig, als daß wir noch betrachten, was es mit der Klage vor eine Bewandniß habe, die daraus entstehet. Wir nennen dieselbe condictionem ex chirographo, theils wegen des §. *un. Inst. h. t.* theils weil auch hier ein contractus nominatus ist, welcher eine Klage gleiches Namens herfür bringen muß. Es kan also diese Klage derjenige anstellen, welchen eine Handschrift gegeben worden, (nicht aber wenn ein anderer dieselbe hat, welcher sich muß ad causſam legitimiren durch die geschehene Cession) wider denjenigen, welcher binnen zwei Jahren eine Handschrift von sich gestellet, und solche nicht wieder gefordert hat, dasjenige zubezahlen, wozu er sich in der Handschrift anheischig gemacht hat, wenn er auch gleich nichts solte empfangen haben. Es wird aber hier gefraget: wie, wenn der Schuldner nach zweien Jahren die exceptionem non numeratæ pecuniæ opponiret, und sich erbietet zu beweisen, daß er nichts empfangen habe? Da wird gefraget, ob er alsdenn noch müsse gehöret werden? HARTMANNVS PISTORIS P. IV. *qu.* 12. *n.* 13. bejahet dieses, und die meisten Rechtsgelehrten mit ihm, wie denn

auch

auch dieſes die praxis an den meiſten Orten mit ſich bringet. Allein der ehemalige Rinteliſche Rechtsgelehrte, HENRICVS ZOLLIVS hat in einem eigenen Wercke dieſes paradoxon vertheidiget, daß der Schuldner in dieſem Falle allezeit beweiſen müſſe, daß ihm das Geld nicht gezahlet worden. Wiewol unſere Rechte wiſſen davon nichts, und das Gegentheil erhellet klar aus dem §. *un. Inſt. h. t.* L. 8. L. 14. *princ. Cod. de non num. pecun.*

Tit. XXIII.

De Obligationibus Ex Conſenſu.

§. 895.

Es iſt noch die vierte Art der contractuum nominatorum übrig, nemlich der conſenſualium, welche nicht von daher ihren Namen haben, daß dabei conſenſus erfordert werde, denn auf ſolche Art würden alle contractus conſenſuales ſeyn, weil dieſelben ſine conſenſu nicht beſtehen können, ſondern weil ſie ſolo conſenſu zu ihrer Richtigkeit kommen, und ſogleich eine Verbindung entſtehet, ſo bald die Contrahenten eingewilliget haben. Z. E. Unter dem Käufer und Verkäufer gehet die Verbindung ſogleich an, ubi conſenſus adeſt in idem pretium & eamdem rem: und dahero iſt die emtio venditio ein contractus conſenſualis. Aber zwiſchen den Schuldner und Gläubiger entſtehet ex mutuo keine Verbindung, ob ſie gleich wegen des Darlehns mit einander ſind einig geworden, wenn nicht auch zugleich das Geld gezahlet, oder die Sache iſt übergeben worden. Dahero iſt das mutuum ein contractus realis, nicht aber conſenſualis. Ebenfals entſtehet ex ſtipulatione keine obligatio, ob die Contrahenten gleich eingewilliget haben, wenn nicht eine interrogatio oder reſponſio congrua darauf erfolget iſt. Und dahero iſt dieſes kein contractus conſenſualis, ſondern verbalis, weil in den contractibus conſenſualibus, wenn daraus eine Verbindung und Klage entſtehen ſoll, weiter nichts, als conſenſus erfordert wird, obgleich weder eine ſtipulatio, noch traditio, noch Handſchrift dazu gekommen iſt. Und dieſen Verſtand hat es, wenn in §. *un. Inſt. h. t.* geſaget wird, *ſolo conſenſu hos contractus ſubſtantiam capere.*

§. 896. Im übrigen haben dieſe contractus einige gar beſondere Dinge, welche wir nach einander durchgehen wollen. 1) Omnes contractus conſenſuales ſunt bilaterales, & ſie reciprocam habent actionem, e. gr. emti venditi, locati conducti, emphyteuticariam, mandati directam & contrariam, pro

ſocio. 2) Omnes hi contractus ſunt bonæ fidei, vel ideo, quia bilaterales ſunt & mutuas habent præſtationes. Es wird dahero gar recht geſaget, daß alle contractus conſenſuales bilaterales ſeyn: man kan aber in Gegentheil nicht behaupten, daß alle contractus bonæ fidei conſenſuales ſeyn. Nam & commodatum, pignus & depoſitum ſunt contractus bonæ fidei, quum tamen re ineantur, und dahero ſind dieſelben contractus reales. 3) Omnes hi contractus & inter abſentes, & ſolo nutu, tacite recte celebrantur, L. 52. §. *ult.* D. *de oblig. & act.* Hierin unterſcheiden ſich dieſe contractus conſenſuales von den verbalibus und litteralibus, qui ſolis verbis & litteris inter præſentes incuntur, wie wir dieſes oben, (§. 871.) von den verbalibus angemercket haben.

§. 897. Wenn gefraget wird, wie viel es contractus conſenſuales giebet? So antworten wir darauf, daß hier die Zeiten von einander müſſen wohl unterſchieden werden. Ehe der Keiſer *Zeno* regieret hat: ſo hat man nur vier contractus conſenſuales gehabt, nemlich emtionem venditionem, locationem conductionem, ſocietatem & mandatum. Und obgleich der contractus, emphyteuticarius von uralten Zeiten her war bekannt geweſen, ſo hatten denſelben doch einige Rechtsgelehrte zur emtione venditione, andere aber zur locatione conductione gerechnet. Daher kommt es, daß unſer Keiſer *Juſtinianus* dieſe alte Weiſe beibehalten, und keinen beſondern Titel de contractu emphyteuſeos gemacht hat, weil auch CAIVS in ſeinen *Inſtitutionibus* dieſes nicht gethan. Es hat aber der Keiſer *Zeno* dieſen contractum zuerſt feſte geſetzet, und haben wollen, daß die Natur dieſes Contrakts von den übrigen ſolte unterſchieden ſeyn. Von dieſer Zeit an haben wir fünf contractus conſenſuales, nemlich emtionem venditionem, locationem conductionem, emphyteuſin, ſocietatem & mandatum: von einem jeden ſoll insbeſondere und umſtändlich gehandelt werden.

* *

Tit. XXIV.

De Emtione & Venditione.

§. 898.

Der erſte contractus conſenſualis iſt die emtio venditio, von deren definition ſich die Gelehrten CVIACIVS *lib. IX. Obſerv.* c. 15. und MERILLIVS *lib. III. Obſerv.* c. 28. mit einander geſtritten haben. Die meiſten haben dafür gehalten, quod emtio & venditio ſit contractus conſenſualis bonæ fidei de re

pro

pro certo pretio tradenda. MERILLIVS zeiget, daß diejenigen, welche die Definition auf dieſe Art formiren, die Sache nicht zum beſten treffen. Denn der Verkäufer iſt nicht ſchuldig, das dominium zu transferiren, ſondern es iſt genug, wenn er die Sache übergiebet, und ſich bereit hält, wenn dieſelbe in Anſpruch genommen wird, daß er die Gewähr leiſten will. Und gewiß kan bisweilen der Verkäufer das dominium nicht transferiren, ob er gleich, ſo viel an ihm iſt, ſolches gerne thun will. Denn wenn einer von der Sache nicht Eigenthümer, ſondern bonæ fidei poſſeſſor iſt, und die Sache verkaufet: ſo kan er per rerum naturam nicht mehr Recht auf den Käufer bringen, als er ſelbſt gehabt hat. Dahero wird dieſer Contrakt alſo definiret, wie wir ſolches oben gethan haben. Dieſer Contrakt wird durch die beiderſeitige Einwilligung der Contrahenten vollzogen, und durch die Uebergebung vollends zu ſtande gebracht: ob aber bei dieſem Contrakt das dominium transferiret werde, davon iſt hier gar nicht die Frage.

§. 899. Aus dieſer Definition erhellet nun klar, welches die requiſita eſſentialia dieſes Contrakts ſeyn? Nemlich es iſt zu mercken, daß, wenn man die Definition dieſes Contrakts recht verſtehen will, bei allen contractibus ein Unterſchied inter eſſentialia, naturalia und accidentalia müſſe gemacht werden. Eſſentialia contractuum nennen wir, ohne welche die Contrakte nicht beſtehen können, ſondern wenn dieſelben nicht dabei ſeyn: wird es gleich ein ander negotium. Z. E. Wo kein pretium iſt, da kan auch keine emtio venditio ſtatt finden, ſondern es wird eine donatio. Die locatio conductio kan nicht beſtehen ſine mercede, weil, wenn dieſer nicht dabei iſt, alsdenn das negotium keine locatio, ſondern ein commodatum ſeyn würde. Alſo gehöret ad eſſentialia emtionis pretium, und ad eſſentialia locationis merces. Naturalia contractus ſind, quæ per leges adeſſe ſolent, ſed per pacta tamen mutari poſſunt. Z. E. Die Geſätze wollen bei dem Kauf, daß der Verkäufer dem Käufer ſchuldig ſey, die Gewähr zu leiſten, und doch, wenn die Contrahenten ſich anders darüber vertragen haben, nemlich daß keine Gewähr ſoll geleiſtet werden, ea contrahentium voluntas rata ac firma erit. Dahero iſt die evictio ein naturale emtionis venditionis. Accidentalia ſind, welche die Geſätze weder verlangen, noch nicht verlangen, ſondern ſich indifferent verhalten, und dahero werden ſie auch allein und lediglich in den freien Willen der Contrahenten geſtellet. Alſo z. E. ob das Kauf-Geld in güldener oder ſilberner Müntze beſtehen ſoll, ob es einmal, oder nach einem Jahr oder nach drei Tagen ſoll gezahlet werden, davon diſponiren die Geſätze nichts, adeoque res ad conventionem pactam redit, & ſic inter accidentalia huius tituli referenda eſt. Nachdem dieſes zum Voraus geſetzet worden, können wir leichte ſehen, warum ad ſubſtantialia contractus dreierlei erfordert werde,

nemlich 1) consensus, 2) res vel merx vendita, & 3) pretium. Denn wenn eins von diesen dreien nicht solte dabei seyn: so würde die emtio venditio aufhören ein solcher Contrakt zu seyn. Und von diesen dreien requisitis handeln wir de consensu §. 900-904. de re seu merce, §. 905. seqq. und de pretio, §. 907. seqq.

§. 900. 901. Das erste requisitum bei der emtione venditione ist consensus, welcher allein genug ist, eine Verbindung zuwege zu bringen, weil hier ein contractus consensualis ist (§. 895.). Weil also bei einem contractu consensuali ausser dem consens nichts weiters erfordert wird: so fliesset daraus, 1) daß die emtio venditio ihre vollkommene Richtigkeit erlange, so bald als die Contrahenten sich wegen des Kauf-Geldes mit einander verglichen haben, *princ. Inst. h. t.* 2) Ist hier weder eine rei traditio noch verba solemnia, noch scriptura nöthig, sondern es kan 3) dieser Contrakt auch unter Abwesenden per internuncios, oder durch Briefe abgeschlossen werden. Es möchte einen die Sache zweifelhaftig scheinen, weil ja selbst aus der Definition (§. 898) erhellet, daß bei der emtione venditione man vornemlich deswegen contrahire, daß die Sache soll übergeben werden, wie können wir also sagen, daß ein Kauf-Contrakt ohne Uebergebung der Sache bestehen könne? Allein es dienet darauf zur Antwort, daß durch die Uebergebung dieser Contrakt nicht zur Vollkommenheit gelanget. Denn aus der emtione venditione werden die Contrahenten vor der Uebergebung verbunden, und die Uebergebung ist eine Wirckung des Kaufes, wozu der Verkäufer verbunden ist. In übrigen hat auch dieser Schluß einige Abfälle, denn bisweilen macht der alleinige consensus den Contrakt nicht vollkommen, nemlich α) wenn zwischen den Käufer und Verkäufer verabredet worden, daß der Contrakt soll zu Papier gebracht werden. Denn in diesem Falle wird die emtio venditio nicht eher für richtig gehalten, als bis das Instrument ist ausgefertiget, und von beiderseits Contrahenten unterschrieben und untersiegelt worden, *princ. Inst. h. t.* β) Wenn die Sache unter einer aufschiebenden Bedingung verkaufet wird, z. E. ich will dir mein Haus vor 1000. Thaler verkaufen, wenn binnen Jahr und Tag niemand mehr davor geben wird. Alsdenn ist die emtio venditio nicht eher richtig, als bis nach Verfliessung des Jahres erhellet, daß niemand ein besseres Gebot auf das Haus gethan habe, L. 1. L. 2. *princ.* D. *de addict. in diem.* γ) Wenn eine res fungibilis gekauft und noch nicht zugezählet, noch zugewogen, noch zugemessen ist, L. 4. D. *de contrab. emt.* Wenn eine Sache ad gustum verkaufet worden, z. E. Wein, alsdenn wird dafür gehalten, daß der Kauf nicht richtig sey, noch die Gefahr auf den Käufer komme, als bis die Kostung geschehen ist, L. 34. §. 5. D. *de contrab. emt.* Der zweite Schluß wird gar leichte können verstanden

den werden, nemlich, daß ehe der Contrakt zur Richtigkeit gekommen, die Contrahenten sichs können gereuen lassen, wenn nur derjenige, welchen die Reue ankömmt, die arrham will fahren lassen. Denn bei den Römern pflegte man etwas darauf zu geben, welches arrha genennet wurde. VARRO lib. IV. de lingua latina. CVIACIVS *lib. XI. Observ.* c. 17. welche Weise auch bei den Griechen gewesen, wovon STOBÆVS *Serm.* XLII. p. 281 also schreibet: *Emtio venditio rata erat ad possidendum, cum pretium fuerit datum, ad traditionem vero ipsamque venditionem, cum venditor arrham acceperit; sic enim apud plerosque institutum est.* THOMASIVS *in Not. ad Instit. h. t.* p. 227. Sodann ferner in dissertatione *de arrhis emtionum.* 3) Wenn der Contrakt zu seiner vollkommenen Richtigkeit gediehen ist; so gehet es nicht an, daß sich die Contrahenten dürfen die Reue ankommen lassen. Und dieses kan auch nicht einmal angehen, wenn sich einer gleich erbietet, die arrham zu verlieren, L. 3. §. 6. *Cod. de rescind. vendit.* Die Ursache lieget am Tage. Denn die emtio venditio ist ein contractus nominatus: nun aber haben die innominati diese Natur und Eigenschaft, daß man es sich bei denselben kan gereuen lassen, L. 3. L. 6. *Cod. de rescind. vendit.* L. 5. *Cod. de oblig. & act.* Wir recommendiren davon unsere *Elementa secundum ordinem Pandectarum* P. 1. §. 360. p. 120. nachzulesen, alwo wir davon umständlich gehandelt haben.

§. 902-904. Dieses alles, welches wir bishero betrachtet haben, fliesset aus der Natur und Eigenschaft der contractuum consensualium: allein es sind noch einige Schlüsse vorhanden, welche aus der Natur und Eigenschaft das consensus gezogen werden. Wir verstehen per consensum actum voluntatis, quo rem, cuius bonitatem intellectus comprehendit, adprobat, ad eamque consequendam fertur. Daraus erhellet nun von selbsten, daß metus, vis, dolus und error den Consens entgegen seyn, und daher wird hier gefraget, an & quatenus hic contractus emtionis venditionis vitietur? De vi & metu mercken wir, 4) daß niemand zum Kaufen oder Verkaufen könne gezwungen werden. Denn wie wolte einer sagen, daß wir dasjenige genehm hielten, wozu wir durch Gewalt und Furcht gezwungen worden? Bisweilen aber pfleget es zugeschehen, daß diese Gewalt das Wohl des Volcks oder des gemeinen Wesens entschuldiget, quia salus reipublicæ suprema lex est. Z. E. Es findet sich ein reicher Korn-Jude, welcher alles Getreide aufgekaufet, und seine Korn-Böden vollgeschüttet hat, der kan gezwungen werden, wenn eine Hungersnoth oder Theurung entstehet, sein Getreide auf gute Bedingungen zu verkaufen, L. 13. §. 1. D. *commun. præd.* CVIACIVS hat diese Ausnahme von der Regel *lib. XXVII. Observ.* c. 9. mit einem schönen Exempel erläutert: also wird auch niemand sagen, daß der König

nig in Spanien *Philippus II.* als die *Biblia Polyglotta* zu Antwerpen gedruckt wurde, in einem Edikte befahl, daß alle Kirchen in Spanien ein Exemplar sich anschaffen solten, unrecht gethan habe. Emtio venditio vi metuque extorta ipso iure nulla est, vel etiam aliquando rescinditur actione quod metus caussa, L. 9. § 3. D. *quod metus causs.* L. 1. *Cod. de rescind. vendit.* Jn übrigen ist nichts daran gelegen, ob einer dem andern directe, oder indirecte zum Kauf oder Verkauf gezwungen hat. Z. E. Wenn ein Oculist einem die Augen salbet, und während dieser Salbung den andern anredet, ihm sein Gut für eine geringe Summe zu verkaufen; immittelst aber anfänget dergestalt ihm unsanfte zu reiben, daß ihm die Augen aus dem Kopfe gehen möchten, daß endlich dieser arme Tropf seinen Willen in den Kauf giebet: da kan ein solcher Kauf nicht die geringste Gültigkeit haben. Da die contractus consensuales durch den consensum ihre Gültigkeit erhalten: so ist demselben nichts mehr entgegen, als Zwang und Furcht, die sich gar nicht für einen contractum bonæ fidei schicken, L. 116. D. *de Reg. Iur* So kan auch 6) ein dolus nicht statt finden bei einem contractu bonæ fidei. Allein die Rechtsgelehrten machen hier einen Unterschied inter dolum, qui caussam dat contractui, id est, quo alter alterum callide inducit, ut emat vel vendat: & incidentem, qui in ipso contractu adparet. Von dem ersten sagen sie, daß er den Kauf-Contrakt null und nichtig mache: von dem letztern aber sprechen sie, quod emendandus sit actione emti venditi. Der Grund dieser Lehre lieget in L. 2. *princ.* D. *de dolo malo.* Der um die Rechtsgelahrtheit hochverdiente Niederländische Rechtsgelehrte GERARDVS NOODT meinet sowol in *Commentario ad Tit.* D. *de dolo malo*, und in dem Werck *de forma emendandi doli mali* c. 3. und 7. daß alle contractus bonæ fidei, worunter auch die emtio venditio gehöret, ungültig seyn, sive inciderit dolus, sive iis caussam dederit. Sodann meinet auch Herr SVMMERMANN *in Protis Lib. IV. Tit. III.* daß alle contractus sowol bonæ fidei, als auch stricti iuris gültig gewesen wären. Allein die letztere Meinung streitet mit dem L. 16. §. 1. D. *de minor.* und L. 3. §. 3. D. *pro socio.* Des Herrn NOODT-Meinung würde sehr wahrscheinlich seyn, wenn nur nicht L. 7. *princ.* D. *de dolo malo*, und L. 12. D. *de iure dotium* das Gegentheil setzten. Allein dieser gelehrte Mann wirft aus jenem Lege einige commata heraus, sowol in dem Buche *de iurisdictione lib. 1.* c. 14. als auch *de forma doli mali* c. 14. welches wir uns aber nicht unterstehen. Denn das Gesätz ist an sich klar und deutlich, daß es keiner weitern Erklärung bedarf. Aber hierbei ist wohl zu mercken, daß derjenige, mit welchen ich contrahirt habe, mich dolo malo ad contrahendum muß verführet haben. Denn wenn ein tertius den dolum begangen hat: so bestehet der Contrakt, und derjenige, welcher ist betrogen worden, hat

actionem

actionem adverſus decipientem ad id, quod intereſt. Endlich 7) ſtehet auch der error, ſi eſſentialis eſt, dem Contrakt entgegen, und vernichtet denſelben; wenn er aber accidentalis iſt: ſo muß der Contrakt beſtehen, iedoch wird dem Irrenden actio quanti minoris gegeben ad emendandum damnum. Das iſt, wenn der Käufer geirret hat, muß ihm der Verkäufer von dem Kauf-Gelde ſo viel wieder herausgeben, als die Sache weniger gilt, oder was der Verkäufer ultra iuſtum pretium empfangen hat. Es wird aber hierbei gefraget, was ein error eſſentialis ſey? Wir antworten darauf, daß derſelbe darin beſtehe, wenn einer in der Sache ſelbſt irret, z. E. es glaubet einer, die Sache, welche er kaufet, ſey von Golde, und doch findet ſich hernach, daß dieſelbe von Meßing und vergüldet iſt. Es iſt auch ein error eſſentialis in corpore, z. E. es will einer den Knecht Stichum kaufen, und kaufet Davum. So findet ſich auch der error eſſentialis in attributis rei talibus, quorum abſentia nobis rem plane reddit inutilem, z. E. wenn einer einen Knecht kaufet, welcher furioſus iſt. Wenn aber in andern Umſtänden iſt geirret worden: ſo wird der error nur pro accidentali gehalten.

§. 905. 906. Wir haben nunmehro von dem erſten requiſito eſſentiali des Kauf-Contrakts, nemlich dem conſenſu gehandelt: ietzo folget das andere, nemlich res vel merx, quæ venit. Hiervon ſind folgende Regeln zu mercken: 1) Omnes res, quæ in commercio ſunt, vendi poſſunt, ſive iam extent, ſive ſpes ſit, eas extituras, L. 34. §. 1. D. *h. t.* Daher kan auch ſpes verkaufet werden, wie man ein Exempel an den Lotterien hat, als in welchen nichts anders als ſpes gekaufet wird. Es können auch verkaufet werden res futuræ, z. E. die Erndte, die Weinleſe des folgenden Jahres. Alſo können auch verkaufet werden res corporales & incorporales, L. 80. §. 1. D. *h. t.* wohin auch die reditus annui, jährliche Renthen gerechnet werden. *Nov.* 77. c. *penult. Nov.* 160 c. 1. Dahin gehören hereditates, actiones, ius venandi, iurisdictio, &c. Ja es gehet dieſes auch an mit rebus alienis, daß dieſelben können verkaufet werden, L. 28. D. *h. t.* Dieſes aber hat nicht die Meinung, als wenn einer Recht daran thäte, wenn er eine rem alienam verkaufte, und ſolches dem wahren Herrn derſelben Schaden bringen könne, ſondern es hat dieſen Verſtand, daß wenn einer von dem andern eine rem alienam unwiſſend gekaufet hat, derſelbe das dominium per uſucapionem erlangen kan, modo res non ſit vitioſa, *tot. tit.* D. *pro emtore.* Wird eine ſolche res aliena in Anſpruch genommen: ſo kan alsdenn der Käufer die actionem emti gegen den Verkäufer anſtellen, ad præſtandam evictionem. Daher wir daraus ſchlieſſen, daß weil dergleichen Verkauf einer fremden Sache die actionem emti herfür bringet: alsdenn auch ein ſolcher Verkauf nach unſern Rechten ſeine vollkommene Gültigkeit haben müſſe, weil widrigenfalls keine

Klage Platz ergreifen könte. Hier wird gefraget, an socius rem communem vendere possit? Die Antwort ist zu nehmen aus dem L. 12. §. 17. D. *de act. emt.* 2) Res, quæ commercio hominum exemtæ sunt, vendi nequeunt. Und dahero können wir leichtlich die Ursache geben, warum Sachen, welche nicht mehr in rerum natura sind, nicht können verkaufet werden, L. 15. *princ.* D. *h. t.* Es gehet dieses auch nicht an mit freien Leuten, weil dieselben nicht in commercio sind, L. 6. princ. L. 34. §. 2. D. *h. t.* Dahin gehören ferner res divini iuris, als res sacræ, religiosæ, sanctæ, L. 6. L. 34. §. 2. L. 62. §. 1. D. *h. t.* §. *ult. Inst. h. t.* Wiewol bei diesen einige Fälle ausgenommen sind, in welchen die Verkaufung allerdings statt finden kan, nemlich, wenn sie verkauft werden in allgemeiner Hungersnoth, oder zur Lösung der armen gefangenen Christen, oder auch, daß sich die Kirche aus der Schulden-Last losreissen kan. *Nov.* 120. §. 4. *Inst. de Rer. divis.* Dahin gehören auch res publicæ, die ebenfals nicht können verkaufet werden, L. 6. *princ.* L. 62. §. 1. D. *h. t.* §. *ult. Inst. h. t.* Sodann ist auch verboten, Gift zu verkaufen, L. 35. §. 2. D. *h. t.* Es wird zwar der Gift in allen Apothecken verkaufet: man pfleget denselben aber an niemand zu geben, welchen man nicht wohl kennet, und auch weiß, was er mit demselben anfangen will, indem viele Leute den Gift zu ihrer Handthierung verbrauchen. Ferner können nicht verkaufet werden merces pestiferæ & noxiæ, L. 34. §. 2. D. *h. t.* Dahin gehören diejenigen Früchte, welche den menschlichen Cörper eine Epidemische Kranckheit zuziehen können, wie ehemalen zu Athen die Feigen waren. Daher hatte man gewisse Leute bestellet, welche acht haben musten, daß man dergleichen Früchte nicht in die Stadt führen möchte, welche Personen Sycophantæ genennet wurden. Bei uns wird nicht erlaubet die gelben Pflaumen oder sogenannten Spillinge, wie auch die grossen Pflaumen öffentlich zu verkaufen, weil man angemercket hat, daß dieselben die Dyssenterie zu Wege bringen. Wenn sich dahero Leute mit solcher Wahre in den Städten einfinden, so pfleget man ihnen dieselbe sogleich hinweg zu nehmen. Hierher gehören auch libri improbatæ lectionis, L. 4. §. 1. & 3. *Cod de S. S. Trinit.* L. 10. *Cod. de episc. aud.* L. 8. §. 5. *Cod. de hæret.* Dergleichen Bücher dürfen nicht in die Verzeichnisse der Bücher, welche man öffentlich verkaufen will, gesetzet werden, sondern, wenn dieses geschehen ist, werden sie weggenommen. Es hat der Herr Geh. Rath Böhmer ehedem eine schöne Dissertation geschrieben, *de eo, quod iustum est circa libros improbatæ lectionis*, alwo dasjenige, welches davon kan gesaget werden, unvergleichlich ist ausgeführet worden. Es können auch nicht res furtivæ verkaufet werden, weil das vitium mit der Sache beständig verknüpfet ist, L. 35. §. 4. D. *h. t.* Eben dieses gehet nicht an mit den rebus litigiosis, L. 2. L. *ult. Cod. de litigios.*

Denn

wenn dieſes angehen ſolte, ſo würde ein ieder die Sachen, derentwegen Klage erhoben würde, verkaufen, um ſowol ſich den Proceß vom Halſe zu ſchaffen, als auch dadurch dem andern einen gewaltigen Gegner entgegen zu ſetzen. Ehemals war auch nicht erlaubet, den Purpur zu verkaufen, L. 1. *Cod. quæ res ven. non poſſ.* Denn der Purpur war ein Vorbehalt der Keiſer, und durfte dahero von niemand anders getragen werden. Hier wird gefraget, ob dieſes nicht noch heut zu Tage gelten müſſe, da doch gleichwol der Purpur ein Königliches Zeichen iſt? Wir antworten darauf, daß heut zu Tage nicht in mindeſten mehr darauf geſehen werde: aber eine andere Frage iſt, ob ein Privat-Mann ſich in Purpur kleiden darf? Unſer Herr Cantzler von LUDEWIG hat in ſeiner *diſſertation de re baſiaria tinctorum* einen Fall angeführet, da ein Kaufmann in eine groſſe Geld-Strafe verdammet worden, weil er ſich im Sinn kommen laſſen, ein Purpur-Kleid zu tragen. Aus dem bishero vorgetragenen kan man erſehen, daß demjenigen, welcher in einem Staat die höchſte Gewalt hat, zuſtehe, gewiſſe Sachen und Wahren zu verbieten, oder deren Ausführung in andere Länder aufzuheben. Bei den Römern rechnete man hierher die Seide, L. 2. *Cod. quæ res ven. non poſſ.* frumentum publici canonis, welches in die öffentlichen Kornhäuſer nach Rom muſte geſchaft werden. Ferner wurden auch dahin gezählet die Waffen, Oel, Wein, und alle diejenigen Wahren, welche einen delicaten Geſchmack hatten, L. *un. Cod. ut arm. uſ. inſc. pr. Nov.* 85. c. 1. L. 2. L. 1. C. *quæ res exp. non. deb.* Fraget man nach der Urſache dieſes Verbots: ſo lieget dieſelbe darin. Die barbariſchen Völcker hatten in ihren Ländern keine Oele, noch Weine, noch ſonſt delicieuſe Sachen; hätte man ihnen nun dieſelben ſollen verkaufen und zukommen laſſen: ſo war zu befürchten, daß ihnen das Maul nach dieſen Ländern, die dergleichen Sachen herfür brachten, wäſſern möchte. Wir können heut zu Tage hierher mit rechnen die Wahren, welche verboten ſind, und contreband genennet werden. Wer dergleichen verkaufet, verlieret dieſelbe, welches auch bisweilen alſo mit den Schiffen gehalten wird, worauf dergleichen Wahren geführet werden. Es hat davon umſtändlich gehandelt HEINECCIUS in einer *Diſſertation, de navibus ob mercium illicitarum vecturam commiſſis*, welche davon kan nachgeleſen werden.

§. 907. 908. Es iſt noch das dritte eſſentiale requiſitum dieſes Contrakts zu betrachten übrig, nemlich das pretium, ohne welches weder etwas kan gekaufet, noch verkaufet werden. Pretium wird ſonſt zwar dasjenige genennet, quod pro re aliena datur, als wie z. E. bei PLAVTO *Menachm. Act. V. Scen. VI. v. 7. ſeqq.* vorkömmt:

Recordetur id qui nihil ſunt, quid iis pretii
Detur ab ſuis heris, ignavis, improbis

Viris; verbera, compedes, molæ, magna
Laſſitudo, fames, frigusque durum.

Jedoch wenn man dieſes Wort in ſeinem eigenen Verſtande nimmt, ſo bedeutet es baares Geld, welches für eine Sache gezahlet wird, §. 2. *Inſt. h. t.* L. 1. §. 1. D. *de contrab. emt.* Denn was von dem conductore gezahlet wird, heiſſet eigentlich nicht pretium, ſondern merces a merendo, und wird gantz uneigentlich pretium genennet, L. 28. §. 1. D. *Locat. conduct.* L. 10. D. *de adquir. vel amitt. poſſ.* L. *ult.* §. *ult. D. de* L. *Rhod. de Iactu.* Und hieraus kan eben der Unterſchied erkannt werden, welcher ſich zwiſchen der emtione und permutatione findet. Denn wenn für die Sachen baares Geld gezahlet wird; ſo iſt es ein Kauf, wenn aber eine Sache gegen eine andere umgeſetzet wird: ſo iſt es ein Tauſch. Hierin aber haben die Sabinianer und Proculeianer gantz unterſchiedene Meinungen geheget. Denn jene meineten, daß auch andere Sachen, auſſer dem baaren Gelde, könten bei dem Kaufe gebraucht werden: dieſe aber hielten dafür, daß kein Kauf ohne baares Geld ſtatt finden könne. Weil aber die gantze Streitigkeit ſich auf zwei Stellen des Griechiſchen Poeten HOMERI gründet: ſo wollen wir dieſelbe hier anführen:

Ἔνθεν ἄρ οἶνον τοῦτο καρηκομόωντες Ἀχαιοὶ,
Ἄλλοι μὲν χαλκῷ, ἄλλοι δ' αἰθωνι σιδήρῳ,
Ἄλλοι δὲ ῥινοῖς, ἄλλοι δ' αὐτοῖσι βόεσσιν,
Ἄλλοι δ' ἀνδραπόδεσσι.

Hinc quidem vinum emebant comati Achivi,
Alii quidem ære; alii autem ſplendido ferro;
Alii vero pellibus; alii autem ipſis vaccis;
Alii autem mancipiis.

Hieraus ſchloſſen die Sabinianer daß auch eine andere Sache an ſtatt des pretii könne gegeben werden, worin ihnen PAVLVS in L. 1. D. *h. t.* beiſtimmet. Hingegen die Proculeianer ſageten, dieſes wäre kein Kauf, ſondern nur ein Tauſch, und gründeten ſich auf eine andere Stelle HOMERI *lib. VI. Iliad.* MASCOV *de Sect. Sabin. & Proculeian.* p. 182. Beide Sekten der Rechtsgelehrten haben die Sache nicht recht getroſen, da ſie ſich auf den HOMERVM gegründet haben, und aus demſelben ihre Streitigkeiten entſcheiden wollen, weil zu Homeri Zeiten der Kauf von dem Tauſch noch nicht unterſchieden geweſen, ſondern wie PLINIVS *lib. XXXIII. Hiſt. Nat.* c. 1. ſaget: *Res ipſa permutabantur inter ſe, ſicut & Trojanis temporibus factitatum, Homero credi convenit.* Jedoch haben auch die Sabinianer darin nicht eben allzu ungegründet geurtheilet, welche damals behaupteten, daß ein Kauf ohne Geld nicht

beſtehen

beſtehen könne. Beſiehe die Anmerckungen der Gelehrten über PVFENDORFIVM *de Offic. hom. & civ. lib. 1. c. 15. §. 8.* Daher hat der Keiſer *Iuſtinianus* dieſen Streit gegen die Sabinianer entſchieden, die Entſcheidung aber iſt gar nicht gegen HOMERVM ausgefallen, wie ſich ACCVRSIVS eingebildet hat, §. 2. *Inſt. h. t.* Aber hier wird gefraget, wenn an ſtatt des pretii ein Theil Geld, ein Theil aber anderer Sachen, z. E. Getreide, oder Wein gegeben worden, ob alsdenn die Vermuthung für den Kauf oder für den Tauſch ſtreite? CARPZOV P. II. *Conſt. 32. def. 15. n. 7.* erkläret ſich für den Tauſch, weil dieſes der allerälteſte Contrakt ſey: allein da die Rechte nicht dasjenige vermuthen, was älter iſt, ſondern vielmehr dasjenige, welches mehrentheils zugeſchehen pfleget: ſo werden wir beſſer thun, wenn wir ſagen, daß die Vermuthung für den Kauf ſey, weil doch heut zu Tage die Leute lieber kaufen, als tauſchen wollen. Aber wenn das pretium gröſtentheils in baaren Gelde beſtehet; ſo iſt es ein Kauf, beſtehet es aber gröſtentheils in andern Sachen, iſt es ein Tauſch, L. 1. *Cod. de rer. permutat.* L. 6. *Cod. de pact. int. emt. & vend.*

§. 909. Wir haben alſo geſehen, daß das pretium ein weſentliches Stück des Kauf Contrakts ſey: wie aber dieſes pretium müſſe beſchaffen ſeyn, davon ſoll nun ietzo gehandelt werden. Wir legen demſelben drei attributa bei, nemlich es muß ſeyn, verum, iuſtum und certum. Weil das pretium verum ſeyn muß: ſo folget daraus a) daß eine emtio imaginaria nicht gültig ſey L. 55. D. *h. t.* Wir nennen dieſes einen Schein-Kauf, und dieſer wird allezeit vermuthet, ſo oft die Verkaufung in fraudem legum geſchiehet. Von dieſem Kauf iſt gar ſehr unterſchieden ein Gnaden Kauf, wo der Verkäufer dem Käufer den gröſten Theil des pretii gern und willig erläſſet. WILDVOGEL *de venditione gratiæ.* Ferner fließet daraus b daß wenn wenig Geld ſolte gegeben werden, ſolches nur ein Deckmantel der Schenckung iſt. L. 36. L. 38. D. *h. t.* L. 13. §. *ult.* D. *de adquir. poſſeſſ.* z. E. der Mann kaufet von ſeiner Frau ein prædium für einem Ducaten, das heiſſet venditio vno numo facta. Unſere Rechte beſchreiben auf dieſe Art die Schein-Kaufe, in welchen man nur alſo handelt, daß die Kaufung oder Verkaufung ſoll in fraudem legum geſchehen, um unter dieſen Namen die Schenckung zu bedecken. Gleichwol wird es in Sachſen zugelaſſen, daß die Frau ihre Gerade auf eben dieſe Art verkaufen kan, wie dieſes gar umſtändlich von CARPZOV *de iure ſingulari feminarum, decad.* III. iſt ausgeführet worden. Das pretium muß ferner iuſtum ſeyn; pretium iuſtum conventionale aber beſtehet nicht in puncto, L. 16. §. 4. *de minor.* L. 8. *Cod. de reſcind. vend.* Daraus folget, c) daß der Kauf Contrakt nur ob læſionem enormem kan reſcindiret werden, daß iſt, wenn die Contrahenten ſind über die Hälfte betrogen worden. L. 2. *Cod. de reſcind. vend.* Es iſt dieſes eine gar raiſonnable Satzung; denn

wenn ein ieder ob quamcumque læsionem solte Klage erheben können: so würde man nichts als Processe haben. Wenn also die læsio nicht enormis ist; so wird der Kauf nicht eben rescindiret, ausser wenn die Sache einen Fehler hat, und deswegen die actio redhibitoria angestellet wird: sondern man klaget nur actione quanti minoris, ut excessus pretii restituatur. Endlich muß auch das pretium certum seyn, d. i. es muß ausgemacht seyn, wie viel einer geben soll; denn wäre dieses nicht: so wäre auch kein consensus in idem vorhanden. Es ist aber hierbei wohl zu mercken, daß es einerlei sey, ob die Contrahenten die Summe ausdrücken, oder sich auf ein anders quantum beziehen, L. 7. §. 1. 2 D. *h. t.* oder ob sie wollen das pretium durch eine andere Person bestimmen lassen, wenn nur alsdenn diese Person auch das pretium recht bestimmet. L. *ult. Cod.* §. 1. *Instit h. t.* In diesem Falle muß es bei dem bestimmten Werthe sein Bewenden haben: es wäre denn, daß diese Schätzung offenbar ungerecht, oder mit einer læsione enormi verknüpfet wäre, L. 78 *seq.* D. *Pro Socio.* L. 19. *Cod. de transact.* Doch kan derjenige Kauf nicht bestehen, welcher also ist geschlossen worden, daß einer von den beeden Contrahenten, oder ein ungewisser dritter Mann das pretium bestimmen soll. L. 35. §. 1. D. L. 13. L. *ult. Cod. h. t.* Denn wenn es auf die Contrahenten soll ankommen, so ist es mehrentheils eine Schenckung, und es können hier nicht alle Wirckungen seyn, welche sonst aus diesem Contrakt entstehen. Zum wenigsten kan alsdenn keine actio ob læsionem enormem ad rescindendam venditionem angestellet werden. Bisweilen aber pfleget es wohl von Kaufleuten zu geschehen, daß sie die Schätzung der Waaren in arbitrium incertorum setzen: z. E. der Käufer wolle bezahlen, was ein paar gute Männer von der Börse würden billig finden. Dergleichen Convention aber war den Römischen Rechten nicht gemäß.

§. 910. Im übrigen sind noch dreierlei Fragen übrig, welche hier müssen erörtert werden: quænam inde nascatur obligatio? (§. 910.) Penes quem sit rei venditæ periculum? (§. 911.). Quæ actiones inde nascantur? (§. 912. 915.). Wenn wir fragen, 1) quænam inde nascatur obligatio? So antworten wir darauf, daß der Käufer an seinem Theile den Werth der Sache zahlen, der Verkäufer aber an seinem Theile die Sachen oder Wahre übergeben muß. Beides wollen wir näher betrachten. Der Käufer ist verbunden, den Werth zu bezahlen, und muß deswegen den Verkäufer Genugthuung versprechen, welches auf zweierlei Weise geschiehet, entweder daß er das pretium zahlet, oder den Verkäufer überredet, daß er ihm deswegen Glauben geben soll, daß er dasselbe zahlen wolle. Wenn dahero der Käufer weder bezahlet, noch der Verkäufer ihm wegen der Zahlung Glauben beimessen will: so wird auch nicht einmal durch die Uebergebung ein Eigenthum

transfe-

transferitet, L. 19. D. *de contrab. emt.* Wenn die Sache nicht ist übergeben worden, so kan der Käufer auch nicht die actionem emti wieder den Verkäufer anstellen, um denselben zu zwingen, die Sache zu übergeben, wenn das pretium noch nicht ist gezahlet worden, L. 2. §. 2. & L. *fin.* L. 13. §. 8. D. *de act. emt. vend.* Der Verkäufer ist schuldig, die gekaufte Sache zu übergeben. Wenn dahero derselbe die Sache noch nicht übergeben hat: so kan er auch nicht die actionem venditi ad petendum pretium anstellen, l. 25. D. *de act. emt. vend.* Weil derjenige nicht auf die Erfüllung des Contrakts klagen kan, welcher an seinem Theile denselben noch nicht erfüllet hat. Im übrigen fliesset daraus von selbst, daß das commodum und incommodum bei beeden Contrahenten gleich sey. Denn der Käufer bekömmt etwas, und zahlet dafür ein pretium; der Verkäufer empfänget den Werth, und übergiebet dagegen seine Wahre. Wenn gefraget wird, wo soll sich hier par contrahentium commodum atque incommodum finden? Wir antworten darauf, daß beide culpam levem præstiren, wo dieses ist, par est contrahentium commodum atque incommodum. Daraus fliesset, daß der Käufer und Verkäufer culpam levem cum dolo & culpam latam sich einander leisten, L. 23. D. *de Reg. Iur.*

§. 911. Was die zweite Frage betrift, penes quem sit rei venditæ periculum? So antworten wir darauf, daß wir erstlich verstehen müssen, was per periculum und per commodum verstanden werde. Periculum heisset hier, damnum, vel ipsæ rei venditæ interitus, casu fortuito obtingens, L. 1. L. 7. L. 15. D. *de periculo & commodo rei venditæ.* Commodum heisset, omnis utilitas & lucrum, quod rei venditæ accedit. Dahero ist der eigentliche Verstand der Frage dieser: wenn eine Sache verkaufet, und noch nicht ist übergeben worden, dieselbe aber durch einen Zufall verloren gehet, wer alsdenn den Schaden über sich nehmen müsse? Und denn, wenn die Sache verkauft, und noch nicht übergeben worden, unterdessen aber dieselbe einen Zuwachs erhält, auf welche Seite alsdenn der Vortheil falle? Unsere Gesätze antworten darauf, sobald der Kauf-Contrakt seine Richtigkeit erhalten hat, wenn auch gleich die Sache noch nicht ist übergeben worden: so bald ist auch periculum und commodum rei venditæ auf den Käufer gekommen, §. 3. *Inst. h. t.* L. 8. D. *de periculo & commodo rei venditæ.* Davon aber werden vier Fälle ausgenommen: α) si venditoris dolo culpave lata aut levi res perierit, weil wir gesaget haben, daß in diesem Contrakt ein Contrahent dem andern culpam latam oder levem leisten müsse. β) Wenn der Verkäufer den casum auf sich genommen hat, weil er alsdenn aus seinem pacto verbunden ist, L. 1. *princ.* D. *eod.* γ) Wenn die Sache einen alten Fehler gehabt hat, und deswegen zu Grunde gegangen ist, i. E. Wenn

das

das Pferd nach dem Verkauf crepiret, und aus deſſen Eröfnung erhellet, daß es faul geweſen, L. 1. L. *ult. Cod. eod.* δ) Wenn eine Sache ad guſtum iſt gekaufet, und noch nicht gekoſtet worden, oder wenn dieſelbe nach Zahl, Maaß, oder Gewicht verkaufet iſt, und noch nicht zugezählet, oder zugemeſſen, oder zugewogen iſt: weil alsdenn die emtio venditio noch nicht richtig geweſen, wie wir dieſes oben (§. 900. ſeq.) ausgeführet haben. Und auf dieſe Art verhalten ſich unſere Rechte. Es könte aber einem dieſes als den principiis iuris widrig ſcheinen: denn die principia iuris ſagen, rem ſuo perire domino, L. 9. *Cod. de pignorat. act.* Eben dieſelben wollen auch, daß der Verkäufer vor der Uebergebung davon Herr verbleibe, und das dominium nicht auf den Käufer komme, wenn die Uebergebung nicht erfolget iſt; wie kan alſo geſaget werden, daß die Sache dem Käufer verloren gehe, da doch derſelbe noch nicht deren Herr iſt? Hernach ſind die Nutzungen, welche aus der Sache erhoben werden, acceſſoria rei; wem alſo die Sache gehöret, dem gehöret auch das acceſſorium. Da nun die Sachen vor der Uebergebung dem Verkäufer gehören, wie kan ſalvis iuris noſtri principiis geſaget werden, daß ſogleich alle commoda und incommoda dem Käufer gehören, obgleich die Sachen ihm noch nicht ſind übergeben worden? Allein wir antworten darauf; hic periculum non ex hoc, ſed ex alio fundamento æque ac commodum ad emtorem tranſit. Nemlich ſo bald die emtio venditio zu ihrer Richtigkeit gekommen iſt: ſo iſt der Verkäufer ein debitor ſpeciei, nemlich rei venditæ; nun aber wiſſen wir, daß ein debitor ſpeciei befreiet werde, wenn die ſpecies zu Grunde gehet, L. 23. L. 49. *princ.* D. *de Verbor. Oblig.* Dahero folget auch daraus, daß der Verkäufer, wenn die gekaufte Sache zu Grunde gehet, befreiet werde und alſo das periculum nicht bei ihm, ſondern bei dem Käufer iſt. Weil auch nichts billiger iſt, als daß derjenige, welcher das incommodum hat, auch das commodum habe: ſo haben die Rechtsgelehrten daraus geſchloſſen, daß das commodum rei venditæ billig dem Käufer zugehöre. In übrigen kan nicht geläugnet werden, daß dieſes einigermaſſen eine gar harte Sache iſt, und dahero ſich dieſelbe nach einigen ſtatutis anders verhält. In Sachſen, alwo bei den unbeweglichen Sachen die gerichtliche Auflaſſung erfordert wird, da iſt das periculum und commodum rei venditæ nicht eher bei dem Käufer, als bis dieſe Reſignation zu den Akten geſchehen iſt.

§. 912-915. Endlich drittens ſind die Klagen übrig zu erörtern, welche aus dieſen Contrakt entſpringen. 1) Es iſt dieſes ein contractus bilateralis, aus welchen beede Contrahenten verbunden werden, dahero auch daraus zwo Klagen entſpringen müſſen. 2) Die Verbindung der beeden Contrahenten iſt gleich vom Anfang vorhanden, und flieſſet aus der Natur

und

und Eigenschaft des Contrakts: dahero auch beide actiones directæ seyn müssen (§. 782.). 3) Weil der contractus emti venditi ein contractus nominatus ist: so erhellet daraus, daß beide actiones auch eigene Namen haben müssen, und emti venditi heissen. Diese beeden Klagen sind von einander unterschieden. Denn wenn der Käufer klaget, die gekaufte Sache zu erlangen; so heißt es actio emti: wenn aber der Verkäufer klaget, das Kaufpretium zu erhalten, so wird dieses actio venditi genennet. Von einer jeden wollen wir insbesondere handeln. Bisweilen pflegen diese Namen mit einander verwechselt zu werden, wie man auch selbst die Namen des Käufers und Verkäufers verwechselt, wovon sich Exempel finden in L. 13. §. 25. D. *de act. emt. vend.* L. 26. L. 66. §. *penult.* D. *de edilit. edict.* L. *un. Cod. si serv. extr. se emi. mand.* Es wird aber hier gefraget, cui datur actio emti? Wir antworten darauf, daß der Käufer oder dessen Erben diese Klage anstellen können, L. 10. D. *de act. emt. vend.* wenn nur das pretium gezahlet, und den Verkäufer Genugthuung verschaffet hätten (§. 910.). Diese Klage wird angestellet gegen den Verkäufer, und dessen Erben, nicht aber contra tertium possessorem, a) ut rem venditam habere liceat, L. 11. §. 2. D. *de act. emt. vend.* L. 30. §. 1. D. *eod.* vacuaque eius possessio tradatur. L. 2. §. 1. L. 3 *princ.* L. 11. §. 13. 17. 18. D. L. 8. *Cod. de act. emt. vend.* vel ut præstet id, quod interest, L. 1. *princ.* L. 11. §. 9. D. *de act. emt. vend.* Es ist aber der Verkäufer zu leisten schuldig, α) rei venditæ traditionem, wovon er nicht einmal befreiet wird, wenn er auch gleich das interesse bezahlen wolte, L. 11. §. 2. D. *de act. emt. vend.* β) So muß auch gegeben werden vacua rei possessio, γ) fructus & accessiones, & δ) fixa vincta, welche mit der Sache so verbunden sind, daß sie zu derselben beständigen Gebrauch gewidmet, L. 13. §. *ult* L. 14. L. 15. L. 16. L. 17. *princ.* §. 7. 8. L. 38. §. 2. D. *de act. emt. vend.* Wir nennen dieses, was Erd, Nied und Nagelfeste ist: wohin doch nicht die ruta cæsa gehören, was nicht Erd, Nied noch Nagelfeste ist, L. 17. §. 6. L. 18. §. 2. D. *de act. emt. vend.* L. 241. D. *de verbor. signif. ibique* GOTHOFREDUS *in Commentario.* Wenn die traditio per culpam venditoris nicht geschiehet, so kan auch mittelst dieser Klage der Käufer klagen, ad id, quod interest, L. 11. §. 9. D. *de act. emt. vend.* Endlich kan auch die Ersetzung des Schadens gefordert werden, L. 5. §. 2. L. 68. D. *de contrah. emt.* wenn nur nicht der Käufer selbst in mora gewesen ist, L. 5. L. 17. D. *de act. emt. vend.* Die actio venditi stellet der Verkäufer und dessen Erben, wenn die Sache schon übergeben worden, gegen den Käufer und dessen Erben an, das pretium zu zahlen, die Zinsen a tempore moræ zu geben, und alle impensas necessarias & utiles, ja auch allen Schaden zu ersetzen, L. 13. §. 20. 22. D. L. 5. *Cod.* L. *penult. Cod. de act. emt. vend.* Ja bisweilen,

wenn zu dieſem Contrakt pacta geſetzet worden, kan ad reſcindendam venditionem geklaget werden, L. 16. D. *de in diem addict.* L. 4. D. *de L. commiſor.* L. 2. *Cod. de pact. inter emt. & vend.* Bisweilen werden dem Kauf-Contrakt beſondere pacta beigefüget, als α) pactum de retrovendendo, der Wiederkauf. Dieſes pactum wird auf unterſchiedene Weiſe verfaſſet, entweder, wenn der Verkäufer eben das Geld wieder giebet, und da iſt einer faſt niemals ſicher; oder daß einer binnen einer gewiſſen Zeit die Sache wiederkaufen will, z. E. binnen zwantzig Jahren, da iſt einer unſicher: oder erſt nach Verflieſſung einiger Zeit. In dem erſten Falle ſcheinet dieſes pactum von der hypotheca oder vielmehr dem pignore cum pacto antichretico nicht unterſchieden zu ſeyn, und dennoch leget ſich der Unterſchied gar deutlich zu Tage, denn welcher ein Gut beſitzet, als ein pignus, auf denſelben kömmt kein dominium, es iſt auch bei ihm kein periculum, ja er muß Rechnung thun, wenn die Einkünfte gewiß ſind, und die Zinſen überſteigen, wenn ein Gut cum pacto de retrovendendo verkaufet worden So kömmt auch hier vor β) pactum προτιμήσεως, da der Verkäufer ſich ſtipulirte, daß wenn der Käufer die Sache wieder verkaufen wolte, und er ihm eben ſo viel Geld wieder anbieten würde, er allen übrigen ſolte vorgezogen werden, L. 75. D. *de contrah. emt.* γ) Pactum de rutis cæſis in ædibus relinquendis, L. 40 §. 5. L. 66. §. 2. D. *de contrah. emt.* L. 17. §. 6. L. 18. §. 1. D. *de act. emt.* δ) Pactum de fundo, venditori pro certo pretio locando, L. 75. D. *de contrah. emt.* ε) Pactum de caſu fortuito præſtando, L. 28. §. *ult.* D. *eod.* ζ) Pactum de poena conventionali ob moram ſolvenda, L. 1. *Cod. de pact. inter emt. vend.* Da muß man hierbei eine Vorſicht gebrauchen, damit nicht indirecte eine uſuraria pravitas möge begangen werden. Es darf alſo die beigeſetzte Strafe nicht gröſſer ſeyn, als die ordentlichen Zinſen ſich belaufen, oder muß dieſelben nicht viel überſteigen. η) Pactum additionis in diem, wovon in den Pandekten ein eigener Titel iſt. Es beſtehet dieſes pactum darin, daß wenn man zwar ein Haus verkaufet, man ſetzet aber die Clauſel hinzu, daferne zwiſchen hier und Oſtern einer mehr offeriren ſolte, der Kauf nichtig ſeyn ſolte, L. 1. D. *de addict. in diem.* Dieſes nennet man meliorem conditionem, welche ein anderer offeriret, und dazu wird alles gerechnet, was dem Verkäufer einen Nutzen bringet, L. 5. D. *de addict. in diem.* Man ſiehet daraus, daß hier allezeit eine Bedingung geſetzet werde, ſi quis meliorem conditionem obtulerit. Wenn dahero ein tertius mehr geboten, wird ihm die Sache zugeſchlagen: wenn aber kein tertius mehr geboten hat, wird die Sache dem Käufer, als den Meiſtbietenden zugeſchlagen. Daraus erhellet nun, daß dieſe Bedingung den Kauf entweder aufſchiebe, oder gar auflöſe. Die Bedingung macht dem Contrakt einen Aufſchub, wenn contrahirt wird, daß wenn

wenn niemand mehr bieten wird, der Kauf richtig seyn soll. Es bringet aber auch die Bedingung dem Contrakt eine Auflösung zuwege, wenn contrahirt worden, daß wenn einer mehr bieten würde, von dem Kauf solte abgegangen werden, L. 2. *princ.* D. *de addict. in diem.* Im ersten Falle, ehe dieser dies, in quem addicitur, existirt, bleibet der Verkäufer Herr von der Sache, L. 4. *princ.* D. *eod.* Ja dem Käufer wächset vor Erfüllung der Bedingung kein Recht zu, welches auch daraus kan ersehen werden, daß er ante diem die actionem emti gegen den Verkäufer nicht anstellen kan. Im letzten Falle kömmt das Recht in der übergebenen Sache auf den Käufer, L. 42. D. *de rei vindicat.* Denn da muß die Sache allezeit ex translatione dominii beurtheilet werden, woraus alle Schlüsse selbst fliessen, z. E. an emtor fructus retinere debeat? an periculum ferre teneatur? 9) Es ist noch das pactum commissorium übrig, welches zu den Kauf-Contrakten pfleget gesetzet zu werden, bisweilen wird es auch dem Pfand-Contrakt beigefüget; da ist es aber verboten: hingegen bei den Kaufen und Verkaufen ist es erlaubet. Dieser Lex Commissoria ist ein pactum, welches der Käufer und Verkäufer mit einander schliessen, auf den Fall, daß, wenn das pretium binnen der gesetzten Zeit nicht gezahlet wird, der Contrakt nichtig seyn soll, L. 2. D. *de* L. *Commissor.* Woraus denn erhellet, daß diese beigesetzte Bedingung den Contrakt gäntzlich auflöse, L. 1. D. *de* L. *Commiss.* Daraus fliesset, 1) daß das dominium unterdessen auf den Käufer gebracht werde, und derselbe also 2) im stande ist, zu usucapiren, und 3) die Nutzungen, die er aus der Sache gehoben, sich zuzueignen, L. 5. D. *de* L. *Commissor.* Dieses aber ist zuverstehen, von der gantzen Zeit, welche in dem Vertrage ist ausgedrücket worden, ist keine gewisse Zeit bestimmet: so kan der Käufer nicht eher in mora constituiret werden, als bis ihn der Verkäufer deswegen erinnert hat. STRVV *in Syntagm. Exerc.* XX. §. 38. Da auch der Contrakt aufgelöset wird, wenn das pretium nicht gezahlet worden, so folget daraus, a) daß alsdenn der Verkäufer an Tag legen müsse, ob er sich des legis commissoriæ bedienen, oder das pretium fordern will, L. 4. §. 2. L. 7. D. *de* L. *Commissor.* Ferner fliesset daraus, b) daß sich der Verkäufer desselben bedienen könne, ob er gleich den Käufer deswegen nicht erinnert hat, L. 4. §. *ult.* D. *de* L. *Commissor.* So hat auch der Verkäufer c) die actionem venditi, welche er gegen den Käufer anstellen kan. d) Muß der Käufer die Sache mit allen Nutzungen wieder herausgeben, und wird gezwungen, den Schaden, welcher in der verkauften Sache verursacht worden, gut zu thun, L. 4. *princ.* L. 5. D. *de* L. *Commissor.* e) Endlich verliehret er auch die arrham, und auch einen Theil des gezahlten Geldes, L. 6. *princ.* D. *de* L. *Commissor.* Und in diesem Fall lucriret der Käufer die aus der Sache erhobene Nutzungen, und muß

also dieselben mit dem Theile des gezahlten Geldes, so er verlieret, compensiren.

Was die Teutschen Rechte bei den Kauf-Contrakt verordnet haben, das wollen wir ietzo mit wenigen durchgehen, damit nach vorgetragenen Römischen Rechten ein ieder möge in den Stand gesetzet werden, den Unterschied und die Abweichungen derselben von den Teutschen Rechten desto besser einzusehen. Bei den Teutschen findet sich, daß dieselben in den alten Zeiten nur allein von dem Umtauschen etwas gewust, und die den Römern benachbarte Völcker von diesen das Kaufen und Verkaufen gelernet haben. TACITVS *de morib. Germ.* c. V. erstattet uns davon diesen Bericht: *Proximi ob usum commerciorum aurum & argentum in pretio habent, formasque quasdam nostræ pecuniæ agnoscunt, atque eligunt: interiores simplicius & antiquius permutatione mercium utuntur.* Und dieses findet man fast bei allen Völckern, ehe dieselben ein pretium eminens haben kennen lernen, wie PLINIVS *in Hist. Nat. lib. XXXIII.* c. 1. und PAVLLVS in L. 1. *princ.* D. *de contrah. emt.* anmercken. Nachdem die Teutschen das Geld haben kennen lernen, so sind sie doch lange Zeit bei den Tauschen geblieben, welches man in den mittlern Zeiten bald cambium, bald concambium, bald concambiatura genennet hat. Wir wollen hier nicht die Stellen aus den alten Gesätzen beifügen, woraus dieses klar und deutlich erhellet, sondern uns sogleich zu dem Kauf-Contrakt selbst wenden. Emtio venditio hat bei den Teutschen nichts besonders gehabt, ausser, daß man Zeugen, Brief und Siegel dabei gebrauchet hat, L. *Baiuvar. Tit. XV.* §. 1. Ja die unbeweglichen Sachen konten nicht anders, als vor den Richter verkaufet werden, L. *Ripuar. Tit LIX.* §. 1. *Tit. LX.* Es pflegten auch arrhæ gegeben zu werden, nicht zum Zeichen des erst zu vollziehenden, sondern des vollzogenen Contrakts, und der Käufer verlor dieselben, wenn er binnen gesetzter Zeit seine Schuldigkeit nicht beobachtet hatte: muste aber dennoch auch das pretium zahlen, L. *Baiuvar. Tit. XV.* c. 10. In L. *Wisigothor. Lib. V. Tit IV.* §. 4. findet sich eine gantz wunderliche und diesem entgegen laufende Satzung, deren Schwierigkeit Herr SCHILTER *in Praxi iur. Rom. in Foris Germ. Exerc.* XXX. § 42 gehoben hat. Was die gesunde Vernunft bei dem Kauf-Contrakt einschärfet, z. E. das fremde, streitige, und ausser dem commercio gesetzte Sachen nicht können verkaufet werden; daß keine Gewalt, oder Furcht dabei seyn dürfe; daß der Verkäufer die Gewähr leisten muß: davon findet sich sehr vieles in den alten Teutschen Gesätzen, welches wir aber hier nicht durchgehen wollen, daher wir nur dieses erinnern, daß wenn der Kauf einmal vollzogen worden, derselbe alsdenn richtig und kräftig gewesen, L. *Saxon. Tit. XV.* §. 1. Nach dem L. *Wisigoth. Lib. V. Tit. IV.* §. 7. L. *Baiuvar. Tit. XV.* c. 9. §. 1. konte auch nicht einmal der Contrakt ob

qua-

qualemcumque læſionem getrennet werden. Und hierher gehöret das alte Teutſche Sprüchwort: Wer die Augen nicht aufthut, der thue den Beutel auf. Die Herren Geiſtlichen pflegen ſich zwar gemeiniglich über dieſes Sprüchwort ſehr zu ereifern: allein der Herr Geh. Rath THOMASIVS hat deſſen Billigkeit mit ſoliden Gründen vertheidiget in diſſ. *de aquitate cerebrina remedii ex* L. 2. *Cod. de reſcind. vendit.* Es wurde auch nicht einmal der Contrakt getrennet, wenn die verkaufte Sache einen Fehler hatte, es wäre denn geweſen, daß der Verkäufer denſelben boßhafter Weiſe verſchwiegen hätte, L. BAIVVAR. *Tit. XV.* §. 2. 3. 7. Und ſo iſt es auch mehrentheils nach den Schwäbiſchen und Sächſiſchen Rechten beobachtet worden. Denn nach Vorſchrift dieſer Rechte konten keine Verkaufungen der unbeweglichen Sachen geſchehen, wenn dieſelben nicht gerichtlich vollzogen wurden, und dabei die gerichtliche Auflaſſung geſchahe. Sächſiſch Landrecht *lib. I. art.* 51. *lib. III. art.* 4. Und aus dem Schwäbiſchen Landrechte führet Herr SCHILTER *in Praxi iur. Rom. in foris Germ. Exerc.* XXX §. 41. eine gleiche Satzung an; an des Voigts Ding mag niemand ſein eigenes hingeben, daß es Kraft mög haben. Was das periculum & commodum rei venditæ betrift: ſo kan daſſelbe ſogleich auf den Käufer, ſobald als der Kauf ſeine Richtigkeit erhalten hatte, deſſen Zeichen die arrha (der Leykauf) war, Schwäbiſch Landrecht *cap.* 247. §. 2. Und gib ich einem Mann ein Gut zu Kauf, und giebt er mir ſein Leykauf daran, und daß Gut bleibet in meiner Gewalt, nnd wird es mir geſtohlen, der Schad iſt ſein und mein nicht, hab ich ſein gehutet, als ich von Recht ſolt. Eine ſchadhafte Sache konte wieder gegeben werden, weil der Verkäufer ſchuldig war, die Gewähr zu leiſten. Jedoch ſind zwei Dinge hier merckwürdig. Das erſte findet ſich im Magdeburgiſchen Weichbild *art.* 97. alwo folgende vier Haupt-Fehler der verkauften Pferde angegeben werden: wann es ſtetig iſt, oder ſtare blind, oder unrechter Ankunft, oder hartſchlegig. Diejenigen, welche das Sachſen Recht in die Meißniſche Sprache überſetzet haben, haben dieſes Wort in haarſchlechtig verwandelt, gleichſam, als wenn darunter ein Pferd, das mit dem Schorff behaftet, verſtanden würde. Allein der Polniſche Ausleger iſt klüger, als die andern geweſen, und verſtehet unter dieſem Worte equum aſtmodicum. Man kan hiervon nachleſen, was HEINECCIVS *in florum ſparſione ad edictum ædilitium* geſchrieben hat. Das andere merckwürdige, welches im Sächſiſchen Landrecht *lib. III. art.* 7. und Weichbild *art.* 136. vorkömmt, iſt, daß ein Jüde ſeinem Käufer nicht ſchuldig ſey, die Gewähr zu leiſten, und da ſetzet der Sachſen-Spiegeler *c. l. in fin.* hinzu: was aber der Jude anders Dings kaufft, oder zu Pfande nimmt, unverholen und verſtohlen, bey Tages-Licht, und

nicht in beſchloſſenen Häuſſern, und mag er des Zeugen ſelb dritte, er behält ſeine Pfennige daran, die er darum gab, oder darauff that, mit ſeinem Eyde, ob es wol geſtohlen iſt. Gebricht es ihm aber an den Gezeugen, er verleuſt ſeine Pfennige. Dieſe Satzung des Sächſiſchen Rechts hat hernach Anlaß zu dem berühmten Halberſtädtiſchen privilegio gegeben, wovon STRYK *in Vſu Moderno Pandectarum tit. de furtis* §. 27. ausführlich gehandelt hat. Weil heut zu Tage die Kaufe gar öfters durch das ius retractus pflegen reſcindiret zu werden: ſo wird deſſen Urſprung mit wenigen zu zeigen ſeyn. Es konten nemlich die unbeweglichen Sachen nicht anders als mit Einwilligung der nächſten Anverwandten verkaufet werden, und dieſes vornemlich, wenn es altväterliche Stamm-Güter waren. Wenn dahero dergleichen Güter ohne Einwilligung der Anverwandten waren verkaufet worden: ſo konten ſie dieſe wieder retrahiren, und es war eben ſo gut, als ob kein Kauf geſchehen, wie dieſes der Herr Cantzler von Ludewig in diſſ. *de differ. iur. Rom. & Germ in Donationibus, diff.* V. gezeiget hat. Nach dieſem principio ſtehet in L. *Saxon. Tit. XVI. libero homini, qui hereditatem ſuam, neceſſitate coactus. vendere vellet, ut offerat eam primum proximo ſuo; ſi ille eam emere noluerit, tutori ſuo, vel ei, qui tum a Rege ſuper ipſas res conſtitutus eſt, ſi nec ille voluerit, vendat ei cuicumque voluerit.* Hieher gehöret auch die Stelle *Tit. XIV.* §. 2. *Nulli liceat traditionem hereditatis ſuæ facere, ut heredem ſuum exheredem faciat.* Daher kömmt nun das ius retractus, wie der Herr Cantzler von Ludewig T. IV. *Reliqu. in Præf.* §. V. p. 8. ſeq. zeiget. Daher ſich diejenigen ſehr irren, welche den Retractum aus dem Iure Feudali Longobardico herholen wollen. Es hat derſelbe in Teutſchland viel eher gegolten, als das Longobardiſche Lehn-Recht zuſammen getragen worden. Noch lächerlicher klinget es, wenn einige das ius retractus aus der Heil. Schrift, und zwar LEVIT. XXV, 23. RVTH. II, 4. herleiten wollen. Nach den Sächſiſchen Rechten hat ſich die Sache eben alſo verhalten. Denn da in dem Sachſen-Spiegel *lib. I. art.* 58. geſaget wird, daß unbewegliche Sachen ohne der Erben Einwilligung nicht können veräuſſert werden, wird hinzugeſetzet: Vergiebt er es aber wieder Recht, ohn der Erben Urlaub, die Erben mögen ſich ihres Gutes wohl unterwinden mit Recht, als ob der tod wäre, der es gab, darum, daß ers nicht vergeben mochte. In dem Schwäbiſchen Landrechte, in GOLDASTI Edition, c. 308. kömmt folgendes davon vor: Geit einer ſein eigen wider ſeiner Erben Willen hin, und an des Vogts Ding, ſie ſollen vor den Richter faren, und ſollend es verſprechen, und der Richter ſolle es da antwurten den Erben. Gleicher Geſtalt wird im Lübiſchen Rechte *Lib. III. Tit. VII. art.* 1. davon verordnet: Wer frey Erbgut, oder liegende

de Gründe verkauffen wil, der ſoll ſie vor allen Dingen anbieten den nächſten Erben durch zweene beſeſſene Burger, ob ſie das annehmen wollen vor den Preiß, was andere darumb geben. Wollen ſie das nicht thun, ſo mag er das Gut ſo theuer, als er kan, verkauffen, weme er will, ohne alle Gefahr. Dem Rentener vorbehalten ſeine Gerechtigkeit, wo Rente in dem Erbegut ſeyn, deme es für allen andern muß angebothen werden.

* * * * * * * * * * * * * * * * * * * *

Tit. XXV.

De Locatione & Conductione.

§. 916.

Hier folget der zweite contractus conſenſualis, nemlich locatio conductio, bei welchen wir werden zu betrachten haben, 1) die Definition (§. 916.), 2) die Eintheilung (§. 917.), 3) die attributa eſſentialia (§. 918-923.), 4) die daraus entſtehende Verbindung (§. 924-926.), und endlich 5) die daraus herkommende Klagen (§. 927-929.). Die Definition dieſes Contrakts iſt gantz leichte, denn wir ſagen, locatio conductio eſt contractus conſenſualis & bonæ fidei, de rei uſu ad certum tempus, vel operis pro certa mercede præſtandis. Wir ſagen erſtlich, es ſey die locatio conductio ein contractus conſenſualis, weil er ſeine volle Gültigkeit von dem conſenſu erlanget. Wir ſetzen ferner hinzu, de uſu rei. Denn hier wird nicht gehandelt, daß das Eigenthum, wie bei der emtione venditione, ſoll übertragen werden, noch daß einer die Verwahrung der Sache übernehmen ſoll, wie in depoſito geſchiehet: ſondern daß der conductor von der Sache den Gebrauch habe. Eine Ausnahme davon findet ſich bei dem contractu ſocidæ (eiſern Vieh), ubi dominium pecudum transfertur pro certa mercede. TABOR *de contractu ſocidæ.* Wir haben auch geſaget, vel operis præſtandis. Dieſes iſt ſo zuverſtehen, daß es operæ ſeyn müſſen, welche können geſchätzet werden, wohin diejenigen gehören, welche man illiberales nennet, & quæ manu præſtari poſſunt. Denn pro operis illiberalibus wird kein merces, ſondern ein honorarium gegeben, L. 6. *princ.* D. *mandat.* Endlich haben wir auch hinzugefüget, pro certa mercede. Denn wenn kein merces beſtimmet worden, ſondern eine Sache iemand umſonſt zum Gebrauch überlaſſen wird: ſo iſt es keine locatio conductio, ſondern ein commodatum. Im übrigen iſt zu mercken, daß obgleich dieſer Contrakt nach ſeiner Natur und Eigenſchaft von der emtione venditione unterſchieden iſt, derſelbe dennoch, was die concluſiones betrift, mit ienem

nem Contrakt in den meiſten Dingen zuſammen trift, wie in L. 2. *princ.* D. *Locat. conduct* geſaget wird. Bei der locatione conductione de uſu rei iſt zu mercken, daß derjenige, welcher den mercedem bekömmt, locator, welcher denſelben giebet conductor genennet wird. Hingegen bei der locatione operis heiſſet derjenige locator, welcher die Penſion giebet, conductor, welcher dieſelbe empfänget. Wer Güter pachtet, heiſſet colonus: wer Häuſer miethet, wird inquilinus genennet.

§. 917. Was die diviſionem locationis conductionis betrift: ſo iſt dieſelbe vel rei, quando uſus pro mercede conceditur, z. E. Haus, Acker; vel operarum, quando operæ illiberales pro certo pretio præſtantur, z. E. wenn mir der Schneider um einen gewiſſen Lohn ein Kleid macht: vel operis conficiendi, wenn z. E. ein Brücken- oder Waſſerkunſt-Bau ſoll unternommen werden, L. 5. §. 1. D. *de Verbor. Signif.* Im übrigen iſt von dieſen Gattungen zu mercken, daß die perſonæ conductorum mit gantz unterſchiedenen Namen beleget werden. Denn wer ein Haus miethet, heiſſet inquilinus; wer prædia ruſtica pachtet, heiſſet colonus. Der Zoll-Pachter wird publicanus genennet, und wer ein Werck auszuführen übernimmt, heiſſet redemtor: wer endlich etwas arbeitet, und einen Lohn empfänget, der heiſſet mercenarius.

§. 918. Wir gehen nunmehro auf die eſſentialia requiſita locationis conductionis, bei welchen man mit der emtione venditione eine ziemliche Uebereinſtimmung anbetrift. Denn gleichwie bei der emtione venditione drei eſſentialia requiſita vorhanden waren, nemlich conſenſus, res & pretium (§. 899.): alſo finden wir hier eben ſo viel, nemlich a) conſenſum, b) rem vel operas, quæ locantur, & c) mercedem, pro qua locantur. Daraus erhellet nun, daß ſich zwiſchen dieſen Contrakten eine groſſe Gleichheit findet, wie in L. 2. *princ.* D. *h. t.* geſaget wird. Wir wollen aber von einem ieden insbeſondere handeln.

§ 919. 920. Das erſte requiſitum eſſentiale bei der locatione conductione iſt der conſenſus, weil es ein contractus conſenſualis iſt, welcher durch den bloſſen conſenſum ſeine Richtigkeit erlanget. Daraus flieſſen nun folgende conſectaria, 1) quod ſolo conſenſu perficiatur contractus locationis conductionis. Sobald alſo die Contrahenten ſich miteinander wegen der Sache und den Lohn verglichen haben, ſobald iſt auch die Verbindung vorhanden, und es entſtehet daraus eine Klage. Aber gleichwie wir oben geſaget haben von der emtione, daß wenn die Contrahenten miteinander übereingekommen ſind, daß der Contrakt nicht eher richtig ſeyn ſolte, als bis er ſchriftlich aufgeſetzet worden, und ſolches allerdings angehet: ſo kan dieſes auch bei gegenwärtigen Contrakt gar wohl ſtatt finden, L. 17. *Cod. de fide inſtrum.* Es pflegen dergleichen ſyngraphæ mehrentheils bei der locatione conductione rerum

rerum immobilium & operum gemachet zu werden. Denn weil die Contrahenten ſich in dieſen Fällen unterſchiedene Bedingungen vorſchreiben: ſo iſt nöthig, daß dieſelben nicht mögen in Vergeſſenheit kommen, und dahero müſſen nothwendig aufgeſetzet werden, in mehrerer Erwegung, da einer oder der andere gar leichte chicaniren könte. 2) Quod locare conducere poſſint omnes, qui poſſunt conſentire, & de rebus ſuis diſponere. Gleichwol iſt einigen wegen Nothwendigkeit, andern wegen den Nutzen des gemeinen Weſens das Pachten verboten, andere haben gar darüber ein privilegium. Aus Nothwendigkeit dürfen die decuriones, oder curiales nichts pachten: wenn ſie dagegen handelten und Landgüter pachteten, ſo wurden ſie von den curiis hinweggethan, L. 30. *Cod. locat. conduct.* Wegen den Nutzen des gemeinen Weſens dürfen nicht pachten, a) die Soldaten, als welchen dieſes ſub poena infamiæ unterſaget iſt, ne a ſignis abſtrahantur, L. 31. *Cod. eod.* GROENEWEGEN *de Legibus abrogatis ad* L. 31. *Cod. Locat. Conduct.* n. 5. hat angemercket, daß dieſe Verordnung in Franckreich und in den Niederlanden nicht mehr beobachtet werde: wie denn auch Herr STRYK *in Uſu Moderno Pandectarum Lib. XIX. Tit. II. §. 66.* dieſes von Teutſchland bezeuget. b) Clerici, welche ſich nicht der Haushaltungs-Geſchäfte anmaſſen ſollen, damit ſie nicht ihres geiſtlichen Amts vergeſſen. *Nov.* 123. c. 6. c) Tutores ac curatores, qui prædia fiſcalia & patrimonialia principis conducere prohibentur, nondum redditis rationibus, L. 49. *princ.* §. 1. D. *Locat. conduct.* Heut zu Tage wird dieſes nicht groß beobachtet, ſondern man läſſet die Pachters zu, wenn ſie genugſame Caution beſtellen können. Im übrigen haben die Gelehrten ein vortrefliches privilegium, daß nahe an ihren Häuſern ſich keine Handwercksleute, welche mit ihrer Arbeit ein Geräuſche machen, einmiethen dürfen, wohin man zählet die Böttcher, Schmiede, Gürtler, Klempner, Wagner, ꝛc. Wenn dieſe nahe bei den Gelehrten ihren Wohnungen einmiethen wollen: ſo können die Gelehrten widerſprechen. Man ſuchet dieſes aus dem L. *un. Cod. de ſtud. liberal.* L. 14. *Cod. de oper. publ.* ja ex L. 1. D. *ſolut. matrimon.* zubeweiſen, und der bekannte Rechtsgelehrte REEVPP hat in ſeinem Wercke *de privilegiis univerſ. & ſtud. privil.* III. *ſeqq.* p. 12. *ſeqq.* auch ein langes und breites davon geſchrieben. Allein in den angeführten Texten ſtehet davon nicht das geringſte, ſondern weil darin geſaget wird, daß die auditoria alſo ſollen angeleget werden, damit kein Lehrer dem andern hinderlich fallen möge: ſo hat man dieſes per interpretationem extenſivam zu BARTOLI Zeiten daraus ziehen wollen, daß alſo noch viel weniger die Handwercks-Leute, welche mit ihrer Arbeit einen Lermen machen, um die Gelehrten wohnen dürfen. Weil es indeſſen gantz billig iſt, daß die Gelehrten Ruhe haben, und durch groſſes Lermen nicht mögen geſtöret werden: ſo be-

zeugen viele Rechtsgelehrten, daß an einigen Orten in Teutschland, wo Universitäten sind, dieses privilegium wircklich beobachtet werde. BRVNNEMANN *ad* L. *un. Cod. de stud. liberal.* PEREZ *ad d.* L. *un.* n. 7. CARPZOV P. II. *Const.* XXXVII. *def.* 23. FINKELTHAVS *Observ.* LXIV. RICHTER *in Expos. Authent. Habita* p. 50. seqq. 3) Es kan auch die relocatio tacite geschehen, und da wird vermuthet, daß dieselbe eben auf die vorigen Bedingungen geschehen sey, L. 13. §. *ult.* D. *Locat. Conduct.* Die Worte, welche im angeführten Texte vorkommen, quousque habitavit, pflegen erkläret zu werden, quo usque habitare moris est, daß also z. E. auf einer Universität das Museum auf ein Viertel Jahr wieder gemiethet zu seyn vermuthet wird.

§. 921. Das zweite essentiale requisitum bei der locatione conductione ist res, vel operæ, quæ locantur. Dahin gehören alle Sachen, welche in commercio sind, L. 34. §. 1. D. *de contrab. emt.* Bei uns im Reiche ist verboten, das Müntzrecht zu verpachten, als welches ein regale und nicht in commercio ist. Müntz-Edict Ferdinands des ersten *de a.* 1559. §. Ferner als sich ꝛc. Allein daß heut zu Tage nicht dieses Satz beobachtet werde, davon handelt STRYK *in Vsu Moderno Pandectarum Lib. XIX. Tit. II.* §. 67. Also ist auch nach den geistlichen Rechten verboten, das Patronat-Recht zu verpachten, weil solches eine Simonie bei sich führen würde. BOEHMER in dissert. *de involucris simoniæ detectis.* Hingegen sind Exempel bekannt, daß gantze Provinzen, was die Domänen-Einkünfte betrift, verpachtet worden, welches man admodiationem nennet, BESOLDVS *in Thesauro Practico*, sub voce *admodiatio.* Diejenigen Sachen, welche sollen verpachtet werden, müssen einen wircklichen Nutzen schaffen, und nicht durch den Gebrauch verzehret werden, L. 31. D. *Locat. conduct.* denn es würde abgeschmackt herauskommen, wenn ich iemand einen Eymer Rhein-Wein, oder 40. Scheffel Weitzen verpachten wolle, weil alsdenn nicht der Gebrauch, sondern das Eigenthum würde übertragen werden. Es können aber auch res alienæ conductæ wieder verpachtet werden, L. 7. L. 8. L. 9. *princ.* L. *ult.* D. *locat. conduct.* Jedoch kömmt das Eigenthum der verpachteten Sache nicht auf den Pächter, L. 39. D. *eod.* obgleich die Verpachtung auf eine lange Zeit geschehen ist. Wenn man aber hiervon keine Gewißheit haben solte: so wird nicht eine locatio simplex, sondern ein ius emphyteuticum vermuthet. SCHILTER *in Praxi iuris Rom. in for. Germ. Exerc.* XLVII. §. 62. Es können aber auch operæ quæcumque honestæ & locari solitæ verpachtet werden, L. 26. D. *de verbor oblig.* L. 5. §. 2. D. *de præscript. verb.* L. 13. §. 1. L. 22. §. 1. 2. L. 24. *princ.* L. 25. §. 7. 8. L. 26. L. 31. D. *Locat. Conduct.* Aber liberales operæ können nicht verpachtet oder vermiethet werden, weil sie keine gewisse Schätzung haben. Wo keine gewisse Schätzung ist, da ist auch kein merces; wenn

kein

kein merces ſich findet: ſo iſt auch keine locatio conductio vorhanden. Daher kan man nicht ſagen, daß die Kirchen-Diener, Profeſſores und Advocaten ihre Arbeit verpachten oder vermiethen, ſondern ſolches thun nur die Hand-Arbeiter.

§. 922. 923. Nun iſt noch das dritte requiſitum eſſentiale übrig, nemlich merces, welcher, wenn er pro operis gezahlet wird, pfleget manupretium genennet zu werden. 1) Gleichwie bei der emtione venditione das pretium in baaren Gelde beſtehen muß: alſo iſt es auch mit dem mercede bei der locatione conductione beſchaffen. Denn wenn etwas pro mercede pecuniaria jährlich gegeben wird, z. E. Früchte, Ochſen, Schweine, Schaafe ꝛc. ſo iſt es nicht mehr eine locatio conductio, ſondern ein contractus innominatus, do ut des. Oder, wenn eine Arbeit für andere Sachen gethan wird, iſt es ein contractus innominatus, do ut facias, oder facio ut facias. Jedoch iſt ein anders zu ſagen, α) wenn ein wircklicher merces im Gelde ausgemachet worden, und alsdenn der locator pro certa pecunia frumentum aliaque accipiat: da iſt dieſes datio in ſolutum. β) Wenn der locator und conductor eines prædii ruſtici ſich mit einander dergeſtalt verglichen haben, daß der colonus dem Verpächter jährlich die Helfte die Früchte des fundi geben ſoll, L. 25. §. 6. D. *h. t.* In dieſem Falle wird der conductor colonus partiarius genennet. Ein ſolcher aber iſt mehr ein ſocius, als ein Pächter. Aus dieſem principio flieſſen unterſchiedene concluſiones, welche LAUTERBACH in diſſert. *de Colono partiario* gründlich ausgeführet hat. Denn der Locator giebet die Sache her, der conductor aber leiſtet die Arbeit pro communi lucro & damno, welches die Natur und Eigenſchaft des contractus ſocietatis iſt. 2) Gleichwie bei der emtione venditione das pretium verum, iuſtum & certum ſeyn muß (§. 909.): alſo findet ſich dieſes auch in der locatione conductione bei dem mercede. Denn es muß der merces ſeyn, a) vera, weil ſonſt die locatio conductio in eine Schenckung ſich verwandeln würde, L. 46. D. *Locat. conduct.* Ferner b) muß merces iuſta ſeyn, weil ſonſt das Geſchäfte würde getrennet werden, oder dasjenige müſte vollgemachet werden, was dem Lohn abginge. L. 2. *Cod. de reſcind. vendit.* Endlich c) muß merces iuſta ſeyn vel per ſe, vel per relationem. Alſo iſt es ein anders, wenn ich z. E. ſage, ich verpachte dir mein Haus für den Preis, welchen ich bisher empfangen habe; und wieder ein anders, wenn ich ſage, ich verpachte dir mein Haus für denjenigen Preis, welchen *Titius* beſtimmen wird. Die Urſache iſt dieſe, weil ſonſt die Contrahenten in der That nicht in idem placitum conſentiren würden. Hierbei wird gefraget, ob die locatio, welche der Haus Vater in dem Gleichniſſe des Evangelii Matth. XX, 7. da er die Arbeiter in ſeinen Weinberg geſendet, geſchloſſen, zu Recht beſtändig geweſen, weil doch dieſer Haus-Vater den Arbeitern nichts gewiſſes verſprochen, ſondern nur geſaget hatte, was

billig wäre, das solte ihnen werden. Daß dergleichen Contrakt eine locatio conductio seyn soll, solches wird in §. 1. *Inst. h. t.* L. 22. D. *de præscript. verb.* geläugnet. Denn gleichwie wir oben (§. 919. III.) gesehen haben, so kan das pretium nicht der Wahl des Käufers überlassen werden; und dahero gehet es auch nicht an, daß der merces in arbitrium locatoris transferiret werden kan. Ich wolte aber doch glauben, daß die angeführte locatio bei MATTHÆO nach unsern Rechten gar wohl bestehen könne. Denn der Tages-Lohn der Arbeiter ist ja fast an allen Orten entweder durch die Gesätze, oder Gewohnheiten bestimmet, und daher ist ja der merces gewiß. Denn wenn ich einen Handarbeiter verspreche, daß ich ihm geben will, was recht seyn wird: so verspreche ich ja dasjenige zu thun, was die Gesätze und Gewohnheiten eines ieden Orts bestimmen.

§. 924-926. Wir gehen nunmehro zu der Verbindung, welche aus diesem Contrakt entstehet, die den vierten Theil dieses Titels ausmachet. Nemlich 1) der locator ist schuldig, entweder res oder operas nach seinem Versprechen zu leisten, oder wenn ihm ein Bau verpachtet worden, den mercedem zu rechter Zeit zu geben. 2) Der conductor ist verbunden, ad mercedem vel pensionem solvendam iusto tempore, vel si operum fit conductio, ad opus, prout conventum, confectum probatumque sistendum. 3) Beede Contrahenten, quia par est utriusque commodum, müssen unter sich culpam levem tragen (§. 888. II.). 4) Von dem casu heisset es hier, casum sentire debet dominus, es wäre denn, daß der Pächter denselben über sich genommen hätte. Und daraus fliesset nun ferner, 5) daß wenn der Pachter die ihm verpachtete Sache gar nicht nutzen kan, alsdenn auch der merces hinwegfallen müsse; kan er sie aber nur zum Theil nicht nutzen, so muß von dem Pacht-Gelde so viel nachgelassen werden, als es die Billigkeit erfordert. Dergleichen Exempel pfleget sich sonst mit den Heuschrecken zu ereignen, von welchen HOPP in dissert. *de edace locustarum pernicie* umständlich gehandelt hat. Und da muß alsdenn der Pachter so gleich bereit seyn, und solches dem Verpachter verkündigen, und denselben bitten, daß der Sachen Erfahrne mögen abgefertiget werden, welche den Schaden eidlich schätzen. Denn wenn er dieses nicht beobachtet: so kan er hernach nichts fordern, L. 25. §. 6. D. *Locat. Conductor.* Hat aber sonst der Pachter aus seinen Pachten ein immodicum lucrum gehabt: so muß er dieses cum modico damno vergleichen. Der *Glossator* über angeführten Text hat närrisch Zeug gemachet, da er gesetzet, immodicum lucrum sey hier eben soviel, als valde modicum. Denn hier wird nicht der merces vermehret, wenn der Pachter ein immodicum lucrum gezogen hat. 6) Ordentlicher Weise muß dieser Contrakt diejenige Zeit fortwähren, welche dazu bestimmt worden, daß also auch die Erben schuldig sind, den Contrakt fortzusetzen, L.

19.

19. §. 8. D. L. 10. *Cod. Locat. conduct.* es wäre denn, daß operæ verpachtet worden, welche nach Absterben des locatoris von den Erben nicht können geleistet werden, quia personæ industria electa est, L. 31. D. *de solut.* 7) Aber wegen gewisser Ursachen kan dieser Contrakt vor der bestimmten Zeit geendiget werden, in welchen Falle, wenn es ohne Schuld des Pachters geschiehet, so muß der locator ihm das interesse gut thun, L. 3. *Cod. Locat. conduct.* Aber es muß dieses nicht privata, sondern auctoritate iudicis geschehen, *argum.* L. 176. D. *de Reg Iur.* Diese Ursachen aber bestehen in folgenden: a) wenn die Pacht-Gelder binnen zwei Jahren nicht sind gezahlet worden, L. 54. §. 1. L. 56. D. *Locat. conduct.* b) Wenn der Pachter die gepachtete Sache entweder physice oder moraliter mißbrauchet, z. E. wenn er die Zimmer oder Keller in einem Hause ruiniret, oder Huren Wirthschaft treibet, L. 3. *Cod. Locat. conduct.* c) Wenn der Verpachter seiner Sache selbst benöthiget ist, oder d) in derselben etwas will bauen lassen, *dict.* L. 3. *Cod. eod.* e) Wenn der successor singularis z. E. der Käufer dem Pachter, mit welchen er nicht contrahiret hat, austreibet. Die Teutschen haben davon dieses Sprüchwort: Kauf gehet vor Miethe, oder Koop breeckt Huyr, HERTIVS *in Parem. iur. Germ.* p. 482. 487. obgleich in Holland, Braband und Flandern ein ander Sprüchwort gilt: Huyr gaat voor Koop, WISSENBACH *de curator. bon. dand.* §. 14. GVDELINVS *de iure novissimo, lib. III.* c. 7. Allein die erste Regel ist den Grundsätzen unserer Rechte weit gemässer, als die andere, L. 9 *Cod. Locat. conduct.* Denn der Pachter kan den Käufer aus keinem dinglichen Rechte zwingen, daß er ihm nicht austreibe, weil er dergleichen Recht nicht hat, es wäre denn, daß er sich hätte eine Hypothek in der Sache geben lassen. Er kan ihm auch nicht zwingen, aus einem iure ad rem, weil er niemals mit dem Käufer contrahiret hat, und dieser als ein successor singularis nicht schuldig ist, facta auctoris zu leisten. Man pfleget daher solchen Pachtern, damit sie nicht mögen ausgetrieben werden, folgende Cautel zu recommendiren daß sie sich von dem Verpachter eine Hypothek in der gepachteten Sache geben lassen. Wenn dieses geschiehet: so haben sie ein ius reale, und können nicht ausgetrieben werden, weil die hypotheca ein ius retentionis giebt. Unter den vorher angeführten fünf Ursachen findet sich doch ein merklicher Unterschied. Denn in den beeden ersten Fällen ist der Verpachter dem Pachter nichts schuldig zu leisten: im dritten und vierten Falle muß der Verpachter dem Pachter das interesse geben. L. 15. §. 8. L. 33 *in fin.* D. *Locat. conduct.* Im letzten Falle klaget der Pachter nicht gegen denjenigen, so ihn austreibet, sondern gegen den Verpachter. L. 25. §. 1. D. *Locat. conduct.* Bisweilen aber hat er auch nicht einmal diese Befugniß, wenn er nemlich gewußt hat, daß das Recht des Pachtens wird aufhören, und er

doch von neuen wieder gepachtet hat, z. E. ein Majorat, fundum dotalem, ein Gut, das mit einem fideicommiss beschweret ist, L. 9. §. 2. D. *Locat. conduct.* Hierbei kömmt die Frage vor, ob der Pachter nicht die gepachtete Sache verlassen kan ob metum spectrorum, wenn es in einem Hause spuken gehet? Wir antworten darauf, daß solches ohn allen Zweifel geschehen könne, wenn nur kan dargethan werden, daß alsdenn wircklich Gespenster vorhanden sind. Denn es würde was hartes seyn, wenn man iemand zwingen wolte, in einen solchen Hause zu wohnen, wo die Gespenster des Nachts ihr Rendevous halten? Besiehe hiervon des Herrn Geh. Rath THOMASII dissert. *de non rescind. locat. conduct. ob metum spectrorum*, und des Herrn OTTO dissert. *de casibus solitis, solitioribus, & solitissimis.* Aber wenn dergleichen vorgegeben wird: so läuft die Spukerei mehrentheils auf Betrügerei hinaus. Wir wollen hier nicht reden von dem Exempel, welches uns PLINIVS in seinen Briefen anführet, sondern eines andern Falls gedencken, welcher sich in einer grossen und berühmten Stadt zugetragen hat. Ein gewisser Mann hatte ein ziemlich grosses und ansehnliches Haus gemiethet, und da er einige Zeit mit seiner Familie dasselbe bewohnet hat, so entstehet einsmals des Abends ein gräßliches Poltern, worauf ein entsetzliches Werfen mit Steinen erfolget, und kurtz hernach alles wieder stille wird. Dieses continuirt den andern und die folgenden Abende beständig fort, so, daß sich endlich der Miethmann entschliesset, das Haus zu verlassen, und wegen der Gespenster nicht mehr darin zu wohnen. Weil nun solches der Verpächter nicht zugestehen wolte, so wurde darüber Klage erhoben, und die Akten darüber verschicket. Die Umstände, welche von der Spuckerei angeführet waren, gaben handgreiflich zu erkennen, daß eine Betrügerei darunter verborgen liegen müste. Daher wurde auch gesprochen, daß man genaue Nachforschung halten, und sehen solte, ob man nicht hinter die Betrügerei kommen könte. Dieses wurde auch bewerckstelliget, und man ertappete endlich den Poltergeist, welcher Fleisch und Bein hatte: denn es war die Magd im Hause, welche bisher spuken gegangen. Nachdem also dieselbe nach den Zuchthause war transportiret worden; so wolte kein Poltergeist mehr kommen, und die Leute beunruhigen: der Proceß aber nahm auf diese Art ein lächerliches Ende. Wir könten nun hier wohl etwas von der relocatione und reconductione melden; weil wir aber davon schon oben geredet haben: so wollen wir uns vor ietzo nicht länger dabei aufhalten.

§. 927. 929. Es sind noch die actiones zubetrachten übrig, welche aus dem Pacht-Contrakt entspringen. Weil dieselben aus einem contractu nominato herkommen: so ist die sichere Folge, daß sie auch desselben Namen führen, und daher actiones locati conducti genennet werden. (§. 779.) Beede

actiones

actiones ſind directæ, weil ſo wohl der locator, als auch der conductor ſich unter einander gleich vom Anfang an, und ſelbſt aus der Natur und Eigenſchaft des Contrakts verbunden werden: und zwar iener ad uſum rei vel operas præſtandas, hic ad mercedem, penſionem, vel locarium ſolvendum (§. 782.). Die actio locati wird von dem locatore angeſtellet, oder wenn es viele ſind, thun es ſinguli in ſolidum, oder deren Erben, L. 13. §. 9. D. *h. t.* Die Klage wird angeſtellet gegen den conductorem und deſſen Erben, a) ad ſolvendam conſtituto tempore mercedem, ob moram cum uſuris; denn es iſt ein contractus bonæ fidei, da die Zinſen müſſen ob moram gezahlet werden. b) Ad rem finito contractu reſtituendam, c) præſtandumque damnum, dolo, culpave lata & levi datum. Wegen des mercedis iſt noch zu mercken, daß wenn der Pachter das Pacht-Geld nicht gezahlet hat, alsdenn der Verpachter die Wahl hat, ob er den Pachter austreiben will, oder will das Pacht-Geld mit den Zinſen fordern. Ja es hat derſelbe auch Macht, die Fenſter und Thüren auszuheben. Die actio conducti ſtellt der conductor und deſſen Erben gegen den locatorem und deſſen Erben an, α) ad rei conductæ uſum, operasve præſtandas, β) refundendas impenſas neceſſarias & utiles, L. 55. §. 1. L. 61. D. *Locat. conduct.* γ) damnumque dolo latave vel levi culpa datum reſarciendum. Wegen der aufgewanden Koſten iſt zu mercken, daß der Pachter dieſelben in das Mieth-Geld einrechnen kan, L. 61. D. *Locat. conduct.* L. *un.* §. 3. D. *de via publ.* Wenn er actione locati belanget wird, kan er entweder eine exception brauchen, oder ſich des iuris retentionis bedienen. Es möchte aber hier iemand ſagen, kan denn der Pachter in dem gepachteten Hauſe etwas bauen laſſen, ohne den Verpachter darum zu befragen? Allein wir antworten darauf folgendermaſſen. Es iſt eine gewiſſe Gattung des Baues, ſo man einen Haupt-Bau nennet: und dergleichen darf ſich der Pachter nicht im Sinn kommen laſſen. Was aber einen ſolchen Bau betrift, daß eine Sache im baulichen Weſen ſoll erhalten werden: ſo kan denſelben auch der Pachter, wenn es nöthig iſt, übernehmen, ohne den Verpachter darum zu fragen. Hingegen wenn der Bau nur zum Nutzen der Sache gereichet: ſo thut der Pachter beſſer, daß er den Verpachter darum fraget.

Es iſt noch übrig, wir auch etwas weniges von den Teutſchen Rechten beibringen, was dieſelben von dem Pacht-Contrakt verordnet haben. Die Teutſchen Rechte unterſcheiden ſich hierin von den Römiſchen in wenigen Stücken, auſſer daß ſie bisweilen das dominium utile pro certa mercede auf den andern gebracht, und den conductorem verbunden haben, für alle Zufälle zu ſtehen, oder die Sache in eodem genere wieder heraus zu geben. Dahin gehöret der contractus ſocidæ, von welchen OTTO TABOR *de contractu ſocidæ*, STRYK *in Uſu Moderno Pandectarum Lib. XIX. Tit. II.*

§. 8

§. 8. und BEYER *in Specimine iuris Germanici lib. II.* c. 22. ausführlich gehandelt haben. Und faſt auf eben die Art verhält es ſich mit den ſogenannten Kurmeden-Landſidel- und Meyer-Gütern, wovon wir des Herrn Cantzler von LVDEWIGS *Ius Clientelare* nachzuleſen recommendiren. Von dem contractu ſocidæ mercke ich noch hier an, daß einige Rechtsgelehrte denſelben aus dem L. 8. *Cod. de pactis* herzuleiten ſuchen, alwo pecora partiaria vorkommen. OTTO TABOR hat dieſen Text in ſeiner Abhandlung zum Grunde geſetzet, welchen auch unterſchiedene berühmte Rechtsgelehrten gefolget ſind. Ich läugne nicht, daß den Römern dergleichen bekannt geweſen: daß aber die Teutſchen dieſen contractum ſocidæ von den Römern ſollen erlernet haben, ſolches kan ich mir nicht überreden laſſen, weil derſelbe bei den Teutſchen viel eher bekannt geweſen iſt, als das Römiſche Recht bei ihnen angenommen worden. Ich habe ſonſt geglaubet, daß in den alten Teutſchen Rechten nichts von dieſem contractu ſocidæ anzutreffen ſey, nachgehends aber bin ich auf eine Stelle gekommen, welche ſich in L. *Langobard. Lib. II. Tit. XXXII.* findet, alwo geſaget wird: *ſervum, bovem, vaccam vel caballum de pecidio ſuo in ſocio dediſſe vel in ſocium recepiſſe.* Welches gewiß nichts anders heiſſet, als iure ſocidæ dediſſe vel accepiſſe: woraus zugleich der Unterſchied dieſes Worts kan eingeſehen werden. Es iſt dieſer Contrakt noch heut zu Tage nicht unbekannt, und wenn derſelbe geſchloſſen worden: ſo muß der Pachter für alle Gefahr und für alle Fälle ſtehen, ſolten es auch die allerungewöhnlichſten ſeyn, z. E. Peſtilentz: es wäre denn, daß er einige Fälle bei Eingehung des Contrakts ausdrücklich ausgenommen hätte. Hingegen hat er auch allen Nutzen und Zuwachs, der ſich bei der gepachteten Sache findet. BEYER *in Specimine iuris Germanici Lib. II.* c. 22. §. 4. ſeqq. Daraus erhellet nun, daß dieſes eiſerne Vieh den unbeweglichen Sachen beigezählet werde. CHASSANEVS *Conſuetud. Burgund. Rubr.* IV. §. 2. n. 18. Ja man erſiehet auch daraus die Urſache, warum bisweilen eine Anzahl Vieh einem zu Lehen gegeben wird, und zwar dergeſtalt, daß, wenn das Lehen aufhören wird, eben ſo viel Vieh von dieſer Art ſoll reſtituiret werden. ANTONIVS *Diſputat. Feudal.* XIII. §. 4. d. 6. An einigen Orten treſen wir auch ein ius ſocidæ legitimum an, welches denen Herren in prædiis colonorum in ſo weit zuſtehet, daß, wenn die coloni wegziehen wollen, dieſelben eine gewiſſe Anzahl Vieh zurück laſſen müſſen, welches die Wehrung genennet wird. Ja es gehöret daſſelbe zum inſtrumento fundi, oder zum Hof Gewehr. Heut zu Tage wird dieſes Recht in Heſſen und Thüringen ſträcklich beobachtet, wovon weitläuftig handeln HVSANVS *de hominibus propriis* c. VIII. n. 10. und BEYER *in Specimine iuris Germanici c. l.* §. 34. ſeqq. welche auch anmercken, daß in agnitionem huius iuris den Herren, vornemlich aber demjenigen, welcher die Triſt den colonis verpachtet hat,

jähr-

jährlich gewisse Lämmer und Felle müssen geliefert werden. Dieses ist noch bei unserm Contrakt merckwürdig, daß die Teutschen den contractum locationis von dem Commodato fast gar nicht unterschieden haben, weil sie sich des Worts Leihen bei beeden Contrakten bedienet haben. Im Schwaben-Spiegel cap. 246. stehet: **Leihet ein Mann dem andern ein Pferd um Lehn.** Und wem ist noch heut zu Tage unbekannt, daß von demjenigen, welcher Pferde für ein gewisses Geld vermiethet, gesaget werde, er verleihe Pferde. Daher hat so wol SCHILTER *in Praxi iur. Rom. in for. Germ. Exerc. XXXI.* §. 32. als auch THOMASIVS *in Not. ad Pandect. Lib. XIX. Tit. II.* gar recht angemercket, daß der Conductor eben die culpam leisten müsse, als der Commodatarius: welches auch nicht undeutlich aus dem Schwaben-Spiegel *cap. 244. seqq.* geschlossen wird.

De Contractu Emphyteuseos.

§. 930. 931. Es ist dieser Titel in den *Institutionibus* kein neuer und besonderer, sondern nur ein Anhang des gegenwärtigen. Denn da wir oben gesaget haben, daß vor den Zeiten des Keisers *Zenonis* die emphyteusis noch kein besonderer Contrakt gewesen, sondern von einigen zur emtione venditione, von andern zur locatione conductione gerechnet worden. Wir haben also hier davon insbesondere handeln wollen, weil derselbe weder eine emtio venditio, noch locatio conductio ist, *L. 1. Cod. de iure emphyteut.* Im übrigen hat dieser Contrakt allein einen Griechischen Namen, woraus Herr SCHILTER geschlossen, daß dieser Contrakt zu *Constantini M.* Zeiten zuerst aufgekommen. Dieser contractus aber wird ἀπὸ τῦ ἐμφυτεύειν, id est ab implantando genennet, weil mehrentheils die ungebaueten Aecker zu bauen unter einem gewissen canone übergeben wurden. Der Ursprung dieser Sache ist ein wenig aus den alten Zeiten herzuholen. Bei den Römern hatte man das principium angenommen: cuius est provincia, eiusdem sunt omnes istius provinciæ agri. Wenn also ein Volck überwunden wurde: so verloren alle Privat-Leute das Eigenthum ihrer Güter, und es wurde ein ager publicus. Da nun das ganze Volck denselben weder bebauen, noch Früchte einerndten konte: so pflegten sie drei Wege zu erwehlen, entweder sie führeten durch einen legem agrariam Colonien in die neue Provinz, und theilten das Land unter die Colonisten; oder sie gaben die bebaueten Ländereien entweder den vorigen Besitzern, oder verpachteten dieselben neuen unter der Bedingung, daß sie dafür certum vectigal annuum leisten solten, z. E. den zehenten Theil der Früchte. Und diese agri wurden vectigales genennet. Sie gaben auch wohl unbebauete Ländereien, und über welche noch nicht der Pflug war gezogen worden, gewissen Leuten mit dieser Bedingung, daß sie das Land bauen, das nutzbare Eigenthum davon erhal-

ten, und jährlich einen gewissen canonem zahlen solten. Diese agri hiessen emphyteuticarii. Wir haben deswegen in den Pandekten einen eigenen Titel: Si ager vectigalis, i. e. emphyteuticarius per. Wie es nun die Römer in diesem Stücke machten, eben so verfuhren auch die Municipia und Colonien. Denn auch diese Städte besassen mehrentheils gar grosse Ländereien, wovon sie die gemeinen Leidenschaften tragen musten. Diese Ländereien verpachteten sie entweder gegen ein jährliches Geld, oder sie gaben dieselben in emphyteusin pro annuo canone. Auf eben diese Art machten es auch endlich andere Leute, die wüste Ländereien hatten: und daher ist es geschehen, daß von dem vierten Jahrhundert nach Christi Geburt dieser Contrakt im stärcksten Gang gewesen. Wer Belieben träget, von diesen Dingen eine nähere Nachricht einzuziehen, der beliebe des Herrn BVRMANN schönes Büchelgen de *Vectigalibus Populi Romani* p. 128. sqq. p. 148. sqq. nachzulesen, welches ihm in allem ein Genüge thun wird.

§. 932 Es kan aber das Wort emphyteusis auf zweierlei Weise betrachtet werden, entweder als ein ius in re, oder als ein ius ad rem. Nemlich wenn ich dem andern eine gewisse Länderei pro certo annuo canone verspreche: so hat der andere aus diesem Versprechen nur ein ius ad rem, und hat eine Personal-Klage, wodurch er mich zwingen kan, ihm die Länderei zu übergeben: denn sein Recht entspringet aus meiner Verbindung (§. 767). Hingegen, wenn die Länderei schon ist übergeben worden: so hat der Besitzer ein ius in re erhalten. Denn er erlanget dadurch ein Eigenthum, zwar nicht das volle, iedoch das nutzbare, daß er sich die Sache zueignen, damit nach eigenem Gefallen schalten, und die Einkünfte ziehen kan, wenn er nur den jährlichen canonem bezahlet. Es ist gesaget worden, daß zwar der Erbenzinßmann dominus, aber nicht plenus werde. Gleichwie nun bei dem dominio minus pleno zween domini sind, davon der eine directus, der andere utilis genennet wird: also findet sich dieses auch bei der emphyteusi, da derjenige, welcher die Länderei pro annuo canone giebt, dominus directus emphyteuseos, der Erbenzinß-Herr, wer die Länderei empfänget, und einen jährlichen canonem bezahlet, dominus utilis oder emphyteuta, Erbenzinßmann genennet wird. Es giebt einige, welche vorgeben, daß der emphyteuta kein dominium in der Sache erlange, welches sonderlich Hr. HARPRECHT *in Comment. ad §. 3. Inst. h. t. Tom. III.* thut, und zwar beruft er sich auf den L. 1. §. 1. *D. si ager vectigal.* als wo geläugnet wird, daß der emphyteuta Eigenthümer sey: und daraus schliesset er, daß der emphyteuta ein usufructuarius seyn müsse. Allein α) im angeführten L. 1. §. 1. *D. si ager vectigal.* wird deswegen geläugnet, daß der emphyteuta dominus sey, weil er kein volles Eigenthum hat, nicht aber deswegen, quia nullam dominii partem habet. β) Der emphyteuta kan auch nicht usufructuarius genennet werden,

den, weil er mit dem Erbenzinß-Guthe frey, und ſo wol inter vivos als auch mortis cauſa diſponiret, daſſelbe auf alle ſucceſſores univerſales und ſingulares bringet, die Geſtalt der Länderei nach eigenem Gefallen verändert. Daß dieſes alles kein uſufructuarius thun kan, ſolches haben wir oben gewieſen: daß aber ſolches der emphyteuta thun könne, ſolches wollen wir bald ſehen. γ) Wird der emphyteuta in L. 12. *prin. Cod. de fund. part. L. ult. Cod. de cenſ. & cenſit.* L. 1. L. 8. L. 27. *Cod. de omni agro deſert.* ausdrücklich dominus genennet, welches genug ſeyn mag, des Herrn Harprechts Meinung zu widerlegen. Da wir nun hier von einem Contrakt handeln, ſo verſtehet ein ieder leichte, daß hier von der emphyteuſi nicht als einem iure in re, ſondern nur als einer Verbindung oder Contrakt geredet werde. Daher wir mit wenigem betrachten wollen, a) quid ſit contractus emphyteuſeos? §. 933. 934. b.) Quæ iura ſint emphyteutæ? §. 935. 936. c.) Quæ eius obligatio? §. 937. d.) Quomodo emphyteuſis finiatur? §. 938. e) Quæ actiones inde naſcantur? §. 939. 940.

§. 933. 934. Erſtlich wird gefraget, quid ſit contractus emphyteuſeos? Wir lernen dieſes theils aus der definition, theils aus den daraus flieſſenden axiomatibus, welche wir hier mit einander verknüpfen. Die definition verhält ſich folgender maſſen, contractus emphyteuſeos eſt contractus conſenſualis, de dominio utili prædii alteri in perpetuum, vel ad tempus non modicum, pro certo annuo canone in agnitionem dominii præſtito, concedendo. Wir ſagen, es ſey ein contractus conſenſualis, und dieſes darum, weil der Keiſer *Zeno* demſelben dieſe Eigenſchaft gegeben hat, L. 1. *Cod. de iure emphyteut. §. 3. Inſt. h. t.* Da nun alſo zu einem contractu conſenſuali nichts weiter als conſenſus contrahentium erfordert wird: (§. 895.) ſo flieſſen daraus ſo gleich zwei axiomata, 1) ut perfectus ſit hic contractus, ſimulac conſenſere contrahentes; 2) ut ſcriptura, de qua imperator §. 3. *Inſt. h. t.* non niſi probationis cauſſa requiratur, L. 1. *Cod. de iure emphyteut.* imprimis in emphyteſibus eccleſiaſticis perpetuis, *Nov. 7. princ Nov. 120. c. 5.* Hr. PAGENSTECHER *in Aphoriſm. ad Inſtit. h. t.* ziehet dieſes zwar in Zweifel, indem er ſich hier einen contractum litteralem vorſtellet, oder doch zum wenigſten einen ſchriftlichen Aufſatz, als ein weſentliches Stück dieſes Contrakts anſiehet. Allein es wäre dieſes wider die Natur und Eigenſchaft der contractuum conſenſualium, bei welcher man gar keine ſchriftlichen Aufſätze nöthig hat, wenn nicht die Contrahenten ſich mit einander darüber vergleichen, daß ihre genommene Abrede in Schriften ſoll verfaſſet werden. Hernach wird in dem §. 3. *Inſt. h. t.* zwar des ſchriftlichen Aufſatzes Meldung gethan, nicht aber in der Abſicht, daß er ein weſentliches Stück dieſes Contrakts ſeyn ſoll: ſondern weil niemand ſo einfältig ſeyn wird, daß er einem andern einen agrum emphyteuticarium ſine ſcriptura geben wird, da er allezeit ſorgen muß, daß nicht etwa der Beſitzer die Eigenſchaft des Erbenzinß-Guths in

Zweifel ziehe, und ſich das volle Eigenthum zueigne. Wenn der Erbenzins-Herr bei einem ſolchen Falle nichts aufweiſen konte: ſo würde er nicht im Stande ſeyn, das geringſte zu beweiſen. Wir haben ferner in der Definition geſaget, daß die emphyteuſis ein contractus conſenſualis de dominio utili concedendo ſey. Denn aus dieſem Contrakt entſtehet kein dominium, ſondern es wird daſſelbe nur verſprochen, und der andere wird dominus durch die darauf folgende Ubergebung. Daher wir 3) folgendes axioma zu mercken haben, ius in re demum ex traditione, contractum hunc ſubſequente, naſcitur, L. 20. *Cod. de pactis.* Wir haben davon die Urſache ſchon oben (§. 339.) angeführet, und wollen uns dahero letzo nicht weiter dabei aufhalten. Endlich iſt auch in der Definition geſetzet worden, pro certo annuo canone in agnitionem dominii praeſtando: wobei wir auf den Unterſchied, welcher ſich inter locationem conductionem & emphyteuſin findet, zu reflektiren haben. Denn a) der conductor giebt mercedem, der emphyteuta aber canonem. b) Merces iſt den Nutzungen der verpachteten Sache gemäß; Canon iſt gar geringe, und wird nicht bei demſelben auf die Nutzungen geſehen: wie denn derſelbe mehrentheils nur in einigen wenigen Schillingen beſtehet. c) Merces wird für den Gebrauch einer fremden Sache gezahlet: der Canon aber wird aus einer eigenen Sache, und zwar zur Erkänntniß des Ober-Eigenthums gegeben.

§. 935. 936. Nachdem wir betrachtet haben, was der contractus emphyteuticus ſey: ſo iſt das nächſte die Rechte des Erbenzinßmanns, welche theils in diſponendo & alienando, theils in Einſammlung der Früchte beſtehen. Wir müſſen aber hier ordentlich verfahren. 1) Ein Erbenzinsmann genieſſet alle Einkünfte, und derohalben muß er auch die Schätze, welche in dem Erbenzinns-Guthe gefunden werden, bekommen, weil er dominus utilis iſt. Und ob gleich dieſer Fall von dem Schatz in unſern Rechten nicht entſchieden iſt: und deswegen viele mit HARPRECHT läugnen, daß ein Schatz, welcher in dem Erbenzins-Guthe gefunden wird, dem Erbenzinsmann zugehöre, weil auch ein uſufructuarius nach dem L. 7. §. 12. D. *ſolut. matrimon.* den Schatz nicht erhalten könne: ſo iſt es doch der Analogie der Rechte entgegen gehandelt, wenn man von dem Mißbrauch will einen Schluß machen auf das Eigenthum. Denn wer ein Eigenthum an einer Sache hat, der muß ſo wohl alle fructus extraordinarios, als auch ordinarios bekommen. 2) So iſt auch der Erbenzinsmann befugt, eine Dienſtbarkeit auf das Erbenzins-Guth zu legen, welches der uſufructuarius nicht thun darf. Alſo kan auch der Erbenzinsmann faciem fundi verändern, welches im Gegentheil dem uſufructuario nicht erlaubet wird, L. 1. §. 3. *pen.* L. 44. D. *de uſufructu.* Es hat der Erbenzinsmann die Freiheit, das Erbenzins-Guth zu verpfänden, zu verſchencken, und zu vertauſchen, welches alles die Gewalt eines uſufructarii übertrift. Wenn wir aber ſagen, daß der

Erben-

Erbenzinsmann faciem fundi verändern könne: so iſt dieſes nicht ſo zu verſtehen, als ob er die Befugnis hätte, das Erbenzins-Guth in ſchlechte Umſtände zu ſetzen, welches gegen den Entzweck würde gehandelt ſeyn, welcher darin beſtehet, ut ager incultus colatur, adeoque reddatur melior, *Authent.* qui rem, *Cod. de S. S. Eccleſ.* 3) Es kan der Erbenzinsmann auch das Erbenzins-Guth verkaufen; wobei er doch zu beobachten hat, daß er dieſen Verkauf dem Ober-Eigenthums-Herrn anſage. Es iſt aber dieſes nicht alſo zu verſtehen, als ob bei dieſem Verkauf die Einwilligung des Ober-Eigenthums-Herrn nöthig ſey, wie ſonſt dieſes bei den Lehen-Güthern muß beobachtet werden: ſondern dieſe Anſage wird deswegen erfordert, weil die Geſätze dem Ober-Eigenthums-Herrn das ius προτιμήσεως zugeſtehen, und derſelbe alsdenn überlegen muß, ob er das Erbenzins-Guth ſelbſt kaufen wolle, oder nicht. Wenn nun der dominus directus zu dem Kaufe keine Luſt bezeiget: ſo muß er entweder ſich binnen 2. Monaten erklären, oder der Erbenzinsmann hat die Freiheit, das Erbenzins-Guth zu verkaufen. L. 3. *Cod. de iure emphyteut.* 4) Weil der Erbenzinsmann alle Nutzungen des Erbenzins-Guthes genieſſet: ſo iſt er auch ſchuldig und gehalten, die gemeinen Leidenſchaften zu tragen, und iſt auch verbunden, dem Ober-Eigenthums-Herrn die Quittungen vorzuzeigen, ſo oft derſelbe ſolte Belieben tragen, dieſelben zu durchſehen. L. 2. *Cod. de iure emphyteut.* 5) Ferner, weil das Eigenthum dieſe Wirckung hat, daß der Herr ſeine Sache von einem ieden Beſitzer, er ſey wer er ſey, wiederfordern kan: ſo ſtehet auch dieſe Befugniß dem Erbenzinsmann zu, welcher auch ſo gar das Erbenzins-Guth von dem Ober-Eigenthums-Herrn vindiciren kan. L. 1. §. *vlt.* L. *vlt.* D. *h. t.* Es möchte dieſes einem wunderlich und abgeſchmackt vorkommen, wenn iemand eine Sache von dem domino vindiciren wolte; allein die Sache hat ihre gute Richtigkeit. Denn der Erbenzinsmann ſuchet nur das nutzbare Eigenthum von dem Ober-Eigenthums-Herrn, als welchem daſſelbe nicht gehöret: und alſo kan auch der Ober-Eigenthums-Herr ſein dominium directum von einem ieden Beſitzer, ja auch von dem Erbenzinsmann vindiciren. 6) Endlich da auch ein Eigenthümer das Recht hat, daß er ſeine Sache entweder auf ſeine Erben, oder auf Fremde per ultimam voluntatem, oder ab inteſtato, auch wohl durch einen Contrakt bringen kan: ſo kan ſich der Erbenzinsmann dieſes Rechts ebenfalls bedienen. Es iſt doch aber hierbei wohl zu mercken, daß wenn das Erbenzins-Guth auf den Erben gebracht wird, nichts darf gegeben werden: wenn es aber auf einen Fremden kömmt, ſo muß derſelbe dem Ober-Eigenthums-Herrn das laudemium zahlen, welches an einigen Orten die Lehen-Wahre, an andern Wynkoop, welches 2. pro cent austräget. Wenn dahero ein Erbenzins Guth auf 2000. Thaler gewürdiget wird: ſo muß an ſtatt der Lehen-Wahre 40. Thaler gezahlet werden. L. 3. *Cod. de iure*

emphyteut. Allein man kan davon keine gewisse Regel geben, weil die Gewohnheiten hierin von einander sehr unterschieden sind, welches den berühmten Rechtsgelehrten FRANTZKIVM bewogen hat, ein eigenes Werck *de Laudemiis* zu schreiben, worin er die unterschiedenen Gewohnheiten zusammen getragen und gar gründlich erkläret hat.

§. 937. Wir kommen ietzo auf die Verbindungen des Erbenzinsmanns, welche in folgenden bestehen: 1) in canone annuo adcurate solvendo statu tempore. Denn wenn der Erbenzinsmann dem Ober-Eigenthums-Herrn binnen drei Jahren, und wenn es eine Kirche ist, binnen zwei Jahren den canonem nicht zahlet: so verlieret er an dem Erbenzins-Guthe sein Recht. L. 2. *Cod. de iure emphyteut. Nov.* 7. c. 3. §. 2. Man hat dahero nicht nöthig, erst darüber den richterlichen Ausspruch zu erwarten, wie gemeiniglich dafür gehalten wird, sondern der Erbenzinsmann verlieret die Sache ipso iure, und kan auch moram nicht purgiren, wenn er dem Ober-Eigenthums-Herrn den canon anbietet. L. 2. *Cod. de iure emphyt. L. 2. Cod. de fund. patrim.* Diese Sache ist so richtig, daß wenn der Ober-Eigenthums-Herr den canon nach Verfliessung dreier Jahre annimt, dafür gehalten wird, daß er sich seines Rechts nicht begeben habe, *Authent.* qui rem *Cod. de SS. Eccles. Nov.* 120. c. 8. Man muß doch aber auch bekennen, daß die Gewohnheit in dieser Sache vieles verändert hat, weil man sich nach den c. *vlt.* X. *de locat.* gerichtet hat. 2) Dieser canon wird nicht einmal nachgelassen, wenn gleich unfruchtbare Jahre eingefallen, oder der Feind in das Land gekommen, oder eine Uberschwemmung geschehen ist. L. 1. *Cod. de iure emphyteut.* §. 3. *Inst. h. t.* Anders verhält es sich bei der locatione conductione, wie wir oben (§. 924.) gemeldet haben: Und deswegen wird hier gefraget, warum sich bei der emphyteusi ein solcher Unterschied findet? Die Ursache dieses Unterschieds lieget darin, weil bei der locatione conductione ein merces für den Gebrauch einer fremden Sache gegeben wird. Wenn also der Gebrauch hinweg fällt, muß nothwendig auch der merces hinweg fallen: hingegen wird der canon von dem Erbenzinsmann in agnitionem dominii directi gezahlet, (§. 933.) dahero mag der Erbenzinsmann sich der Sache bedienen können, oder nicht, so muß er dennoch das Ober-Eigenthum erkennen, und den canon erlegen, welcher in agnitionem dominii directi gezahlet wird. Daraus fliesset nun von selbst. 3) daß wenn das Erbenzins-Guth durch ein Erdbeben oder Uberschwemmung in einen solchen Stand gesetzet wird, daß dasselbe gar nicht mehr vorhanden ist: so muß auch der canon hinweg fallen. Denn eine Sache, die nicht mehr vorhanden ist, kan nicht mehr einen Herrn haben: und dahero kan auch in diesem Falle nichts mehr in agnitionem dominii directi gezahlet werden.

§. 938. Hier wird gefraget, quibus modis emphyteusis finiatur? Die Beant-

Beantwortung muß aus der Natur und Eigenschaft dieſes Contrakts hergenommen werden. 1) Wenn die Sache, welche in emphyteuſin iſt gegeben worden, gantz und gar zu Grunde gehet: ſo muß auch die emphyteuſis nothwendig aufhören, quia non entis nullæ ſunt adfectiones, nullum dominium, nulla utilitas. 2) Geſchiehet auch dieſes conſolidatione, argum. §. 3. *Inſt. de uſufructu.* Das iſt, wenn das dominium directum mit dem utili zuſammen kömmt. Es mag alſo der Ober-Eigenthums-Herr das nutzbare Eigenthum, oder der Erbenzinsmann das Ober-Eigenthum quocunque iuſto titulo erhalten: ſo höret die emphyteuſis auf, und der Beſitzer bekömmt alsdenn das völlige Eigenthum. Es kan dieſes auf unterſchiedene Weiſe geſchehen, entweder daß der Erbenzinsmann ohne Erben verſtirbet, oder daß die Zeit, darüber man ſich verglichen hat, verfloſſen iſt. 3) Geſchiehet dieſes auch durch die Verjährung. Denn wenn der Erbenzinsmann dem gegenwärtigen Erben-Zins-Herrn in zehen Jahren den canon nicht abträget, oder wenn er abweſend geweſen, in zwanzig Jahren nichts gezahlet hat, und der Erben-Zins-Herr hat dazu ſtille geſchwiegen: ſo erlanget dadurch der Erbenzinsmann das völlige Eigenthum. argum. L. 15. §. 25. D. *de damn. infect.* 4) Kan auch die emphyteuſis aufhören, wenn der Erbenzinsmann verſäumet hat, den canon zu zahlen. Hierbei aber hat man folgenden Unterſchied zu beobachten. Iſt es eine emphyteuſis ſæcularis, und der canon iſt in drei Jahren nicht abgetragen worden: ſo verliehret der Erbenzinsmann ſein nutzbares Eigenthum ipſo iure. Iſt es aber eine emphyteuſis eccleſiaſtica, und der canon iſt in zwei Jahren nicht abgetragen worden: ſo iſt dieſes ſchon genug, dem Erbenzinsmann ſein nutzbares Eigenthum zu benehmen. Nach dem iure canonico c. *vlt. X. de locat. & cond.* verhält ſich die Sache ganz anders, daß nemlich der Erbenzinsmann celeri ſatisfactione poſtmodum ſibi poſſit conſulere. Aus welchen Worten die Pragmatici gar wohl geſchloſſen haben, der Erben Zins-Herr könne den Erbenzinsmann nach *l. 176. ff. de R. J.* nicht eigenmächtiger Weiſe, wohl aber mit Hülfe des Richters, wegen verabſäumter Zahlung des canonis aus dem Gute treiben, mithin müſſe er deswegen erſt eine beſondere Klage anſtellen, und ſententiam iudicis abwarten. Woraus ſich denn von ſelbſt ergiebt, daß der Erbenzinsmann noch vor Anſtellung ſolcher Klage durch Darbringung des nicht gezahlten canonis ſein Erbenzins-Gut retten könne, ob gleich die geſetzte Zeit bereits verlaufen ſey. Hierzu kommt noch dieſes, wenn der Erben-Zins-Herr den canonem annimmt, ſo iſt ohne etwas zu beſürchten, die Vermuthung zu machen, er wolle dem Erbenzinsmann die auf die Verabſäumung des canonis geſetzte Straffe erlaſſen. Und dergeſtalt wird es noch heutiges Tages in Teutſchland durchaus gehalten. CHRISTINAEVS *Vol. I. Dec. 157.* STRVV. *Exerc. XI. n. 73. p. m. 436.* Es gehet 5) der Erbenzinsmann ſeines Erbenzins-Gutes ver-

vrelustig, wenn er sich erkühnet, dasselbe durch einen Verkauf zu veräusern, ohne solches Vorhaben dem Erben-Zins Herrn vorher kund zu machen. *l. 3. C. de iur. enphyt.* Wir haben oben (§ 935. 6.) gesehen, daß allein diese Schuldigkeit mit der Freyheit, das Erbenzins-Gut zu verkaufen, verknüpfet ist. Daß nun solche nicht als etwas vergebliches und geringes angesehen werde: so hat der Keiser Justinianus diese schwehre Ahndung in dem angeführten Gesetz auf die Hintansetzung solcher Schuldigkeit legen wollen, damit der mit dem Ober-Eigenthums-Recht versehene Erben-Zins-Herr von dem mit dem nutzbaren Eigenthum beliehenen Erbenzinsmann in desto grösserer Ehrerebiethigkeit gehalten würde. 6) Es verliehret der Erbenzinsmann das Erbenzins-Guth, wenn er solches so gar vernachläßiget, daß es in einen mißlichen und verderblichen Zustand gerathen muß, wobey diejenige Nutzung nicht zu heben ist, welcher sich sonst ein fleißiger und verständiger Hauswirth bey seiner Arbeit zu getrösten hat. Solcher Verlust nun ist, wie leicht zu erkennen stehet, eine Straffe, welche die Erbenzinsleute auf die End-Ursache der verliehenen emphyteusis verweisen soll, weil man ihnen ein wüstes Grund-Stück anvertrauet hat, daß sie dasselbe entweder urbar machen, oder, da es schon nutzbar ist, wenigstens, wo nicht verbessern, doch in seinem guten Stande erhalten, keinesweges aber verwildern lassen sollen. *Authent. Qui rem. C. de SS. eccles.*

§. 939. 940. Es ist noch der fünfte und lezte Theil von diesem Appendice übrig, welcher von denjenigen Klagen handelt, die aus diesem Contrakt herrühren. Da nun bekandter massen beide Contrahenten nach der eigentlichen Beschaffenheit dieses Contraktes eine unterschiedliche Verbindlichkeit über sich genommen haben, daß nämlich der dominus emphyteuseos directus dem Erbenzinsmann das Grund-Stück, oder den agrum emphyteuticarium übergeben wolle, der Erbenzinsmann aber das Erbenzins-Geld oder den canonem zu rechter Zeit abzutragen schuldig sey: so entstehen daher nothwendiger Weise zwey Actiones directae. (§. 782.) Und da die emphyteusis ein contractus nominatus ist: so müssen auch solche Klagen von demselben ihre Benennung führen, und actiones emphyteuticariae heissen. Die eine stellet der Erbenzinsmann wider den Erben Zins-Herrn an, daß er ihm das Emphyteut-Gut nach der in dem Contrakt genommenen Abrede überlassen und abtreten solle. Die andere aber stehet dem Erben-Zins-Herrn contra emphyteutam zu, daß er ihm alles dasjenige leiste und zahle, wozu er sich bey dem Contrakt verbindlich gemacht hat, z. E. den Canonem, das Laudemium, u. d. gl. Beide Klagen sind persönlich: denn sie entspringen aus einem Contractu b. f. Solte aber einer von beiden Contrahenten eine actionem realem wider einen Tertium anzustellen haben: so würde solche Action keine andere, als rei vindicatio vtilis seyn, welche aber hieher keinesweges gehöret.

Um

Um nun aber endlich auch den Rechtsgebrauch circa emphyteusin bei uns Teutschen einiger maaſſen zu zeigen, ſo iſt vor allen Dingen zu wiſſen, erſtlich, daß unſere Vorfahren von den ſo genannten agris emphyteuticis nichts gewußt haben, ſondern dieſelben erſt mit Stiftung und Aufrichtung der Biſchofthümer und andern Prälaturen, welche von ihren Fundatoribus zugleich auch mit Land und Leuten verſehen und verſorget wurden, und worinnen das Ius Canonicum zuerſt in Anſehen gekommen iſt, vornämlich aber im zehnten Jahrhundert unter Ottone M. in Teutſchland kund worden ſind. Woraus wir denn ſo fort auch abnehmen können, daß der Name **Erben-Zins-Güther**, weil er älter iſt, und vor dem zehnten Jahrhundert nur eine Art von bonis cenſiticis andeutete, mit der Benennung *Emphyteuſis* eigentlich nicht überein komme, ſondern nur deßwegen den Emphyteut-Güthern beigeleget ſey, weil dieſe mit den eigentlichen Erben-Zins-Güthern nur in einem und dem andern Stück einige Aehnlichkeit an ſich ſpühren lieſſen. Daher iſt der ſel. Herr THOMASIVS auſſer Zweifel verleitet worden, in ſeinen *Not. ad Inſt. h. t.* mit dem Herrn BAYER in *Poſ. Pand. libr. 6. tit. 3. §. 24.* vorzugeben, daß bey den Teutſchen lauter Zins-Güther, und mithin keine Emphyteut-Güter anzutreffen wären: weil es uns an dem Contractu emphyteutico fehle. Daß ſich aber ſolches in der That nicht ſo befinde, ſehen wir aus den gar häufigen agris emphyteuticis in unſerm Herzogthum Magdeburg, welches ehedeſſen ein Ertz-Biſchofthum geweſen iſt. Und eben dahero ſind die alten **Zins-Güther**, die auch **Erben-Zins-Güther** unter ſich begriffen, bei der beſagter maaſſen geſchehenen Einführung des Iuris canonici in Emphyteut-Güther verwandelt worden, weil man ihnen diejenigen Eigenſchaften, Rechte und Verbindlichkeit auferlegte, z. E. den Abtrag des Laudemii und die jährliche Zahlung des Canonis, und was dabey Rechtens iſt, welche ſonſten den bonis emphyteuticis eigen waren. Folglich da man gleichwohl dieſelben Erben-Zins-Güther nennet, unterſcheiden ſie ſich dennoch von den gemeinen Zins Gütern gar um ein merckliches, z. E. nur von dem Iure protimiſeos zu ſagen, ſo kommt ſolches dem Domino directo bey den Zins-Gütern nicht zu, wohl aber bey Veräuſerung eines Praedii emphyteuticarii. Und da man in Sachſen nicht ſo gar ſtrenge über die requiſitionem Domini hält, wenn ein Emphyteuta ein Erben-Zins-Guth veräuſert: CARPZOV. *Iurispr. for. Part. II. Conſt. 38. def. 13. & Conſt. 39. def. 5. n. 4.* ſo kan man zugleich daraus erkennen, daß man zwar gemeiniglich den Unterſcheid zwiſchen gedachten Güthern zu machen, keinesweges aber alle Landes-Geſetze für gleichlautend zu halten habe. Siehe *Giſebert. in Iuſtin. Harmon. h. t.* Eben daher iſt der Schluß fürs zweite zu machen, daß, da man in einigen Landen der Teutſchen Fürſten dieſer Art Güther die alten Rechte gelaſſen, und nur einige neue dazu gefüget hat, und zwar gar unterſchiedlich und mannichfaltig, dahero die Statuta

und Landes-Verordnungen circa iura ſolcher bonorum emphyteuticariorum über alle maſſen nützlich lauten müſſen. Da wir hiernächſt wiſſen, die Zins-Güter ſind älter als die Emphyteut-Güther: ſo iſt bey vorfallender Ungewißheit die Vermuthung jederzeit für die Zins-Güther zu machen. SCHILTER. *in Praxi iur. Rom. in for. Germ. Exerc. XVI. §. 84.* MENOCH. *de Praeſumt. libr. III. c. 106. n. 3.* MOLL, *ad P. II. Conſt. 39.* Uebrigens bleibet es bey der gemeinen Abtheilung der emphyteuſis eccleſiaſticae und ſaecularis wegen der unterſchiedenen geiſtlichen und weltlichen dominorum directorum, und deren eigenen Rechts-Verfaſſung. Dieſe Materie hat unter andern vortreflich abgehandelt der Hr. Rath MARTINI in ſeinem *Comment. ad Inſtit. h. t. p. m. 650.* Desgleichen der Hr. BLVMBLACHER *in Tractatu de iure emphyteutico, vitalitio & precariae*, und FRANCKIVS *de laudemiis*, u. a. m.

Tit. XXVI.

De Societate.

§. 941.

Der vierte contractus conſenſualis iſt Societas, insgemein Maſcopei genannt, welche Benennung von dem alten Teutſchen Mage, d. i. ein Verwandter, ein Mitgenoſſe, inde Magſchaftei, oder Maſcopei, eine Mitgenoſſenſchaft oder Verwandtſchaft in der Handlung, ihren Urſprung hat. WACHTER *in Gloſſar. T. I. p. 1020. ſeq.* Solche Teutſche Benennung nun, welches allerdings zu bewundern iſt, kommt mit der Beſchaffenheit dieſes Contrakts, ſo wie er bei den alten Römern gebräuchlich geweſen iſt, ſehr genau überein. Denn PVBL. SYRVS ſaget: *Societas pares aut accipit aut facit*; weil es ihnen der Billigkeit gemäß zu ſeyn geſchienen hat, daß unter Handlungs-Genoſſen alles gemein ſeyn müſſe, indem ſie wircklich der Meinung geweſen ſind, es ſey zwiſchen ihnen ein ius fraternitatis einiger maaſſen zu beobachten. *L. 63. pr. ff. pro ſocio.* SCHVLTING *in Iurisprudentia Anteiuſtin. p. 171.* APVLEIVS *Metamorph. X. p. 388.* PETRONII *Satyr. p. 26.* und deſſen Commentator IO. WOVWER *p. 118.* Dieſes wollen wir als ein Principium alhier zum Voraus ſetzen, welches zu einem Haupt-Satz dienen muß, daraus wir unterſchiedene Folgerungen gar gemächlich herzuleiten haben. Ehe wir aber zum Wercke ſelbſt ſchreiten, wollen wir die Eintheilung dieſes Titels einiger maaſſen zum Voraus betrachten. Und zwar finden wir hieſelbſt 6. unterſchiedene Fragen erörtert: 1) Was Societas ſey? (§. 941-943.) 2) Wie vielerlei dieſelbe ſey? (§. 944.) 3) Auf was für eine Art und Weiſe

man ſolche eingehe und errichte? (§. 945. ſeq.) 4) Was ſich für eine Verbindlichkeit zwiſchen den Sociis ereigne? (§. 947. ſeq.) 5) Wie und auf was für Art und Weiſe die Societas ihre Endſchaft erreiche, oder aufgehoben werde? (§. 949. ſeq.) Und endlich 6) was für eine Klage hierbei vorkomme? (§. 951. ſeq.) Vor allen Dingen aber muß man ſich hüten, daß man die Societatem ja nicht mit der rerum communione confundire, weil dieſe ein quaſi contractus, jene aber ein verus contractus iſt. In dieſe geräth man gemeiniglich von ohngefähr, und ohne daß man ſich Mühe giebt, eine Mitgenoſſenſchaft zu errichten: die Societas aber wird durch Einwilligung nach vorher gegangener genugſamer Uberlegung vorſätzlicher Weiſe zu Stande gebracht, *L. 31. L. 32. L. 34. D. pro Socio*, und produciret actionem pro ſocio mere perſonalem; da hingegen aus der communione die actio communi dividundo mixtae naturae zu entſtehen pfleget. (§. 890. ſeqq.)

§. 942. 943. Was nun das erſte Stück dieſes Titels anlanget, da wir zu ſehen haben, was Societas ſey: ſo verhält ſich die Erklärung derſelben folgender maaſſen. Es iſt nämlich Societas ein contractus conſenſualis, de re vel operis communicandis, lucri in commune faciendi cauſſa. Und zwar mercken wir, warum dieſer Contrakt conſenſualis genennet werde: weil nämlich derſelbe allein durch eine übereinſtimmige Einwilligung zu ſeiner Vollkommenheit gedeihet, und errichtet wird, daß man alſo weder Schrift noch andere Stücke, welche bei andern Contrakten erfordert werden, zu Errichtung dieſes Contraktes nöthig hat. Nun möchte man zwar alhier einwenden, daß eine traditio erfordert werde, weil die Socii dasjenige Geld, welches ſie in die Handlung beizutragen verſprochen haben, zur gemeinſchaftlichen Caſſe herbei bringen, und alſo einander übergeben müſten; allein ſolche traditio iſt eine Wirckung des Contrakts, die aber keinesweges zu dem Weſen deſſelben gehöret, gleichwie man ſolche etwa im Kauf und Verkauf nicht zu deſſelben Weſen rechnen kan. Ja es iſt erſt-gedachte traditio bei der ſocietate univerſali nicht einmal von nöthen, weil ſie nach dem *L. 1. §. 1.* und *L. 2. D. pro Socio* als geſchehen præſumiret wird. Jedoch werden L. 3. *eod.* die Schuldforderungen, obligationes und actiones hiervon ausgenommen, weil ſie, nach Römiſcher Art zu reden, oſſibus inhæriren, und alſo eine gemeinſchaftliche Ceſſion derſelben erfordert wird. Hiernächſt beobachten wir bei dieſer Erklärung die angegebene End-Urſache, wozu man eine Maſcopei zu errichten gewohnet iſt, nämlich daß ſolche ſey das lucrum commune. Hierdurch unterſcheidet ſich eine Maſcopei oder Handlungs-Genoſſenſchaft von einer univerſitate, civitate und republica. Denn in ſolchen treffen wir viele einzelne Perſonen, Gemeinheiten und Völckerſchaften an, die ſich mit einander in eine Mitgenoſſenſchaft begeben haben, nicht gemeinſchaftlichen Gewinn oder Profit zu machen, ſondern ſich deſto

mehr vertheidigen zu können, und von einer gemeinschaftlichen Regierung beherrschen zu lassen.

§. 944. Nun fraget sich zweitens, wie vielerlei es Societates gebe? Wir finden derselben hauptsächlich dreierlei. Denn eine jede Societas ist entweder universalis, oder generalis, oder singularis. Universalem nennet man diejenige, vermöge welcher die Socii alle ihre Güther, so wol künftige als gegenwärtige, unter sich gemeinschaftlich besitzen und traktiren, sie mögen solche quocunque titulo erworben haben, oder noch erwerben. L. 1. §. 1. D. *pro Socio.* In solcher Societate universali stunden die ersten Christen, welche alle das ihrige insgesamt in die gemeinschaftliche Verwaltung herbei brachten, dergestalt, daß keiner sagen mochte, er habe etwas eigenes, *Acta Apost.* IV, 32. Eben dergleichen geben auch heut zu Tage Mönche und Nonnen vor, in ihren Klöstern, die deswegen *coenobia*, κοινόβια, genennet werden, und ihren Namen ἀπὸ τῆς κοινῆς βίου *a communi vita* führen, welcher Benennung sich auch die alten Pythagoräer, teste IAMBLICHO *in vita Pythagorae*, bedienet haben, nach Art der Apostel-Zeiten, wiewol sehr ungereimt, zu unterhalten. Nächstdem haben wir societatem generalem, kraft welcher die Socii nur dasjenige mit einander gemeinschaftlich haben, was sie erringen und durch Gewerbe erlangen, ohne zu sehen auf dasjenige, was ihnen etwa durch Glücks-Fälle zufallen kan: solche Societas findet sich an einigen Orten unter Ehegatten, welche dasjenige unter sich gemeinschaftlich haben, was sie während der Ehe durch Gewerbe an sich bringen, hingegen was ihnen erbschaftlich oder auf andere Weise zufällt, für sich jederseits besonders aufbehalten. Daher ist der Unterscheid zwischen Errungenschaft und Erbe in unsern Rechten sehr wohl zu mercken, wovon mit mehrern gehandelt haben CHRIST. ROTHENBURG *de adquæstu coniugali & communione bonorum inter coniuges*, 4to. desgleichen STRYK in diss. *de singularibus iuribus connubiorum in Germania*, und LUDOVICI diss. *de differentia bonorum hereditariorum & adquisitorum.* Hingegen heisset diejenige societas singularis, welche man wegen Treibung eines gewissen Handels oder Gewerbes allein und hauptsächlich geschlossen hat, L. 5. princ. L. 52. §. 5. D. *pro Socio.* Solche Handlungs-Gesellschaft errichten insgemein Kauf- und Handelsleute unter sich, die deshalb mit einander Compagnie machen, welche Benennung sie auch nebst ihren Namen in ihren Handlungs-Briefen zu führen pflegen, z. E. *Titius* und Compagnie; und diese Handlungs-Genossenschaft nennet man absonderlich in den Teutschen Rechten Mascopei oder Magschaftei.

§. 945. 946. Zum dritten folget zu erwegen, wie und auf was Weise die Societas errichtet und zu Stande gebracht werde, nämlich durch eine übereinstimmige Einwilligung, als auf welche hierbei alles ankommt. Dannenhero

nenhero ist leicht hieraus zu schliessen, daß auch eine ungleiche Societas zu Recht bestehen müsse, wenn den Sociis solche beliebet, L. 5. §. 1. D. *pro Socio.* Denn was hindert es, daß ein reicher *Titius* 100000. Thaler in die Compagnie lege, welche er mit *Sempronio*, der nur 50000. beibringet, dergestalt geschlossen hat, daß dieser letztere für die Verwaltung des gantzen negotii sorgen, Reisen über sich nehmen, Correspondentz führen, und dergleichen Mühwaltung sich unterziehen soll: da so gar ein blutarmer Mensch einen Handlungs Genossen bei einem reichen Compagnon abgeben kan, welcher jenem alle dergleichen Geschäfte allein überlässet, und dessen ungachtet ihm an Profit entweder zur Helfte oder im geringern Theil participiren lässet. Hierbei hat man demnoch folgendes zu mercken, a) daß die Mühwaltung erlaubt, und der Ehrbarkeit gemäß seyn müsse, weil z. E. diejenige Mascopei keinesweges zu Recht beständig seyn kan, in welcher einer von den Mitgenossen das theure Versprechen gethan hätte, daß er der Compagnie durch allerhand möglich zu machende Räncke und Schwäncke mit Bevortheilung der Käufer, und Defraudirung der Landesherrlichen Zölle und Accise die unvergleichlichsten Dienste leisten wolle, L. 52. §. 17. L. 53. L. 57. D. *pro Socio*, weil dergleichen schändliche Dinge, die ohnedis in der Rechtsgelahrheit nach L. 15. D. *de Condition.* für unmöglich gehalten werden, in keine Verbindlichkeit gezogen werden können. b) Ist ein grosser Unterscheid darin zu suchen, ob jemand als Socius, oder als ein Diener bei einer Handlungs-Gesellschaft Dienste leistet: zumal da der letztere weder am Schaden, noch am Gewinn Theil nimmt, sondern sich an seinem Sold begnügen lassen muß, und wenn ihm solcher vorenthalten wird, keinesweges actionem pro socio, wohl aber locati, anstellen kan. c) Heist das auch keine Societas, welche man donationis caussa errichtet, als wenn *Titius* 20000. und *Sempronius* 10000. Thaler, unter dem Beding in Compagnie legten, daß sie zwar den Schaden beide gemeinschaftlich tragen wolten, der letztere aber habe sich den Gewinn allein zu versprechen. Dergleichen Verabredung gilt zwar als eine Schenckung, woferne nur dieselbe, da sie über 3000. Thaler beträgt, gerichtlich ist bekräftiget worden: allein keinesweges kan sie als eine Societas angesehen werden; weil man sie nicht communis lucri caussa zu Stande gebracht hat, L. 5. §. *vlt.* D. *pro Socio.* Endlich wird diejenige Societas, welche man sonst leoninam nennet, und darinn verabredet wird, daß der eine allen Gewinn heben, der andere allen Schaden auf sich nehmen soll, keinesweges für zulässig angesehen, L. 29. §. 2. D. *eod.* Woher aber solche den Namen einer Löwen-Compagnie erhalten habe, solches rühret von der bekannten Fabel her, nach welcher der Löwe mit einigen Thieren eine Jagd Gesellschaft eingegangen war, nachhero aber nach geschehener lächerlichen Theilung zum grösten Leidwesen sei-

ner Compagnons alle gemachte Beute einzig und allein davon getragen hat. PHAEDRVS *lib. 1. Fab. 5.*

§. 947. 948. Hiernächst haben wir viertens zu sehen, worin die obligatio sociorum eigentlich bestehe. Selbige nun geht hauptsächlich auf zwei Stück, α) daß ein Socius dem andern bei Verwaltung der gemeinschaftlichen Sache zu einer gewissen Sorgfalt verbunden sey, und also den gehörigen Fleiß beweisen müsse. β) Daß aller Gewinn und Schaden unter dieselben gehöriger massen getheilet werde. Was also die erste Verbindlichkeit betrift, so bemercken wir bei derselben, 1) daß ein Handlungs-Genosse dem andern das leichte Versehen, welches nach seines Mannes Gewohnheit abgemessen wird, (§. 787.) oder culpam levem in concreto gut thun müsse. Denn man siehet nicht darauf, was sonst für Sorgfalt ein rechtschaffener und sparsamer Hausvater, mit dem man es genau nehmen will, in seinen Sachen anzuwenden pfleget, sondern wie sich der Handlungs-Compagnon in seinen eigenen Sachen und Geschäften zu verhalten und aufzuführen gewohnt sey. Hiervon pflegt man insgemein zur Ursache anzugeben, daß ein Handlungs-Genosse, welcher sich selbst seinen Socium erwehlet hat, billig mit desselben Aufführung und Fleiß zufrieden seyn müsse. Allein diese Ursache ist nicht hinlänglich, weil nach L. 25. §. 16. D. *Fam. Erciſc.* bei der rerum communione dasselbe Recht statt findet, in welche wir doch zum öftern ohne unsere Einwilligung zu gerathen pflegen, L. 31. L. 32. L. 37. D. *pro ſocio.* Wir müssen also vielmehr hiervon einen andern Grund angeben, daß nämlich alhier deswegen eine geringere Sorgfalt erfordert werde, weil sich ein Handlungs-Genosse die Schuld selbst beimessen muß, da er aus der Mitgenossenschaft eines nachläßigen Menschen nicht ausgeschieden ist, welches ihm doch nach den Rechten allezeit in solchen Fall erlaubt seyn muß, da er nicht dolo malo der Mitgenossenschaft zu entsagen das Ansehen haben kan, L. 65. §. 3. D. *pro ſocio.* 2) Beobachten wir hierbei, daß dieser Contrakt anrüchtig, ehr- und rechtlos mache, wenn man wegen vorsetzlicher Boßheit und Betrügerei gerichtlich belanget, und nach genugsamer Uberzeugung verurtheilet wird, L. 1. L. 6. D. *de his, qui not. infam.* §. 2. *Inſt. de poen. tem. litig.* Denn L. 63. *princ.* D. *pro ſocio* saget ausdrücklich, daß zwischen den Sociis gleichsam ein brüderliches Recht obwalten müsse: was ist nun schändlicher, als daß ein Bruder den andern, und folglich ein Handlungs Genosse den andern hintergehet, und durch unvermuthete Betrügerei bevortheilet? 3) Ist noch hierbei in acht zu nehmen, daß, gleichwie ein Bruder dem andern das beneficium competentiae oder Kost- und Unterhaltungs-Recht angedeihen lassen muß, also auch ein Socius dem andern solche Rechts-Wohlthat nicht entziehen könne, L. *cit.* 63. *pr.* & §. 1. D. *pro ſocio.* L. 16. D. *de re iud.* L. 173. D. *de Reg. Iur.* indem ein beklagter und condemnirter Socius zu keiner weitern Erstattung angehalten werden kan,

kan, als in ſeinem Vermögen ſtehet, und die nothdürftige Unterhaltung ſeines Lebens erlaubet. Das andere Stück der Verbindlichkeit eines Socii beſtehet darin, daß er Schaden und Gewinn mit dem andern gehöriger maſſen theile. Hierbei mercken wir an, a) daß bei einer ſocietate univerſali nach L. 73. *princ.* & §. 1. D. *pro Socio* keine gleiche Theilung erfordert werde. Wenn daher z. E. *Titii* Vermögen 50000. Thaler, und *Mevii*, als ſeines Socii, 12000. Thaler betrüge, jener alle Jahre zu ſeiner Haushaltung 2000. dieſer aber 3000. Thaler nöthig hätte, und wircklich aufwendete; ſo kan ſich doch keiner von beiden über eine ungleiche Theilung beklagen, da ſie in einer ſocietate univerſali mit einander verknüpfet ſind. b) Daß in ſocietate ſingulari eine Gleichheit gehalten werden müſſe. Dabei ſtreitet man ſich, ob ſolche Geometriſch, daß nemlich Gewinn und Schaden unter die Socios pro rata zu theilen ſey, oder Arithmetiſch vorgenommen werden müſſe, nach welcher Art Gewinn und Schaden, einer wie der andere erhalten und leiden müſſe. Jedoch wir erwegen dieſe Sache dergeſtalt: 1) Wenn bei Vollziehung und Errichtung der Societät man die Theile einem jeden ausdrücklich beſtimmet hat, ſo muß es dabei ſein Bewenden haben, ob ſelbige auch gleich einer ungleichen Theilung beſchuldiget werden können, z. E. *Titius* hat 2000. *Mevius* 1500. in die Compagnie beigetragen, ſo kan jener die eine und dieſer die andere Helfte, da ſie alſo eins worden ſind, von dem Gewinn gar wohl erhalten. Dieſe Theilung muß den Rechten gemäß ſeyn, weil nach L. 29. *pr.* §. 1. D. *pro Socio* geſchehene Verabredungen einem jeden Handel Maaß und Ziel beſtimmen. 2) Wenn man wegen der Theilung nichts verabredet hat, ſo verfähret man nach Geometriſchem Maaß, und je mehr einer am Gelde beigetragen hat, deſto mehr hat er Gewinn und Verluſt zu gewarten; je geringer aber der Beitrag des andern geweſen iſt, deſto weniger hat er am Gewinn und Schaden zu vermuthen, L. 6. L. 80. D. *pro Socio*. Dieſe Arithmetiſche Abtheilung pflegt man durch die ſo genannte regulam ſocietatis auszurechnen, daß z. E. da *Titius* 18000. *Mevius* 9000. *Sempronius* 3000. Thaler zuſammen geleget, und damit 15000. Thaler gewonnen haben, ſolcher Gewinn dergeſtalt auszutheilen iſt, daß *Titius* 9000. *Mevius* 4500. *Sempronius* 1500. zum Antheil überkommen. 3) Wenn einer allein das Capital in Compagnie gegeben, der andere aber nur ſeine Mühwaltung, als Socius, beigetragen hätte: ſo nimmt dieſer zwar Theil am Gewinn, nach der genommenen Abrede, aber von dem Capital hat er ſich nichts zu getröſten, falls ſich die Compagnie trennen ſollte. Denn da er nichts am Gelde beigetragen hat, ſo kan er auch von der Compagnie weiter nichts fordern noch begehren, woran er mit Recht einen Anſpruch machen könne. §. 2. *Inſt. h. t.* L. 52. §. 2. D. L. 1. *Cod. pro Socio*.

§. 949. 950. Bishero haben wir gewieſen, wie eine Societas errichtet

werde, und was für eine Verbindlichkeit den Sociis obliege: nunmehro ist die Frage, auf was für eine Art und Weise eine Societas wiederum getrennet und aufgehoben werde? Solcher Arten nun werden hier vornemlich sieben angegeben, und zwar 1) der Tod, da einer von denen Mitgenossen entweder sein natürliches Leben, oder vitam civilem verlieret, beide, so wol der sein natürliches Leben eingebüsset, als der die Rechte eines freien Menschen verloren hat, sind nicht im Stande, der Compagnie den geringsten Nutzen zu leisten, weil insonderheit dieser letztere in unserm iure pro mortuo gehalten wird, L. *pen. D. de Reg. Iur.* Bestehet auch gleich eine Societas aus drei, vier und mehr Gliedern, daß es wohl scheinen möchte, als wenn solche durch den Tod eines und des andern keinesweges zurüttet werden dürfte: so zerschläget sich dennoch selbige ohnfehlbar, wenn derjenige durch den Tod darvon genommen wird, welcher durch seine kluge und sorgfältige Aufführung bei derselben das beste gethan hat. Ja ob auch gleich die Socii unter einander verabredet haben, daß ihr gemeinschaftliches Gewerbe auch auf die Erben fallen solle, so gilt solche Verabredung keinesweges so viel, daß sie den Schluß und die Zerschlagung einer Handlungs-Compagnie, da einer von ihnen verstirbet, verhindern könne, L. 35. L. 59. D. *pro Socio.* Es ist dieses bei dem gemeinschaftlichen Gewerbe freilich etwas besonders; aber es ist zu wissen, daß dieser Handel oder Contrakt in unsern Rechten wegen vermuthlicher Zwistigkeiten und Zänckereien, welche gemeiniglich dabei zu entstehen pflegen, über alle maassen verhaßt, und also beschaffen sey, daß man bei Errichtung desselben vornemlich auf die Geschicklichkeit der Person, die man dazu erwählet, vor allen Dingen zu sehen pfleget. Da nun der Verlust solcher Geschicklichkeit eines klugen und vorsichtigen Socii nicht leicht durch dessen Erben ersetzet werden kan: so würde es oft sehr ungereimt heraus kommen, wenn man einer Handlungs Compagnie den annoch unerfahrnen Erben ihres verstorbenen Socii aufdringen wollte. 2) Endiget sich eine Societas durch einen dissensum mutuum, oder durch ein allerseitiges Zurücknehmen ihrer Einwilligung: denn es ist nichts der Natur so gemäß, als daß ein Handel eben auf die Art wieder aufgehoben werde, auf welche man denselben zu Stande gebracht hat, L. 35. D. *de Reg. Iur.* Da nun ein gemeinschaftliches Gewerbe obgedachter maassen durch eine übereinstimmige Einwilligung seinen Anfang genommen hat; warum sollte dasselbe nicht durch ein allerseitiges Zurücknehmen der Verabredung eine Endschaft erreichen? L. 63. §. *ult.* D. *pro Socio.* 3) Endiget sich ein gemeinschaftliches Gewerbe durch die Entsagung und Ausscheidung aus demselben, wiewol zum öftern nur einiger maassen. Es ist dieses allerdings alhier und bei dem mandato etwas besonders, daß ein Contrahent wider des andern Willen die übernommene Verbindlichkeit auf solche Weise von sich abwältzen kan. Und zwar erreicht ein mandatum durch

die

die Renunciation deswegen seine Endschaft, weil ein mandans auf industriam personae siehet; und da sich selbige nach geschlossenem Handel nicht ereignet: so ist er schlechterdings befugt, das mandatum zu wiederrufen. Bei einem gemeinschaftlichen Gewerbe muß ein Socius eben dergleichen Befugniß haben, wenn er siehet, daß er sich bei der Wahl eines Socii geirret hat; wozu denn noch dieses hinzu kömmt, quod Societas est mater discordiarum. Denn eben deswegen hat man einem jeden Socio aus der Societät zu scheiden lieber die Freiheit geben wollen, als daß man der Zwietracht und Uneinigkeit Thür und Thor aufsperrete, §. 4. *Inst. h. t.* L. 77. §. 20. *& fin. de Legat.* II. Zumal da ein gemeinschaftlicher Nutzen so wol in societate, als im gemeinen Leben gewöhnlicher maassen verabsäumet und fahrläßig gehandhabet wird. Hierbei nun fragt sich noch, wie, wenn man eins worden wäre, daß die Societas nur eine gewisse Zeit, oder auch immerwährend fortdauern solle? Was wäre Rechtens, wenn die Socii solcher ihrer wohlgegründeten Befugniß selbst entsaget hätten? Antw. Dessen allen ungeachtet stehet es einem jeden frei, aus der bisherigen Compagnie nach Gefallen auszuscheiden, L. 14. L. 70. D. *pro Socio*, wenn auch gleich die bestimmte Zeit noch nicht völlig verstrichen wäre. Jedoch, wer aus vorsetzlicher Schalckheit und vortheilhafter Boßheit der bisherigen Compagnie den Abschied geben wollte, der findet in unserm Recht keinen Rückenhalt. Darum würde die Aufkündigung nichtig seyn, welche man in Abwesenheit seines Mitgenossen, oder zu unrechter Zeit hinterlistiger Weise beginnen wollte. Derjenige würde z. E. den Blinden schlagen, welcher sich einer societati universali, da er eine fette Erbschaft vermuthet, die er gern allein in seine Hände haben will, deswegen seiner Societät, welcher alle, folglich auch zukünftige Haabseligkeiten, die ihm nur auf einige Art zufallen können, verknüpfet sind, zu entsagen unterfangen wollte. Die 4) Art, wie sich ein gemeinschaftliches Gewerbe endigen kan, ist, wenn derjenige Handel aufhöret, weswegen man die Compagnie aufzurichten bewogen worden: z. E. Der Korn-Handel hat einige zu Aufrichtung einer Compagnie veranlasset, man hat Korn angeschaffet, und bereits wieder verkaufet, folglich gehet auch nunmehro Societas wieder zu Ende: zumal da der Kauf der Zeiten zum abermaligen Einkauf des Getreides die bisherigen Socios vom neuen nicht wieder veranlasset, §. 6. *Inst. h. t.* L. 65. §. 10. D. *pro Socio.* Die 5) Art ist der Ablauf der Zeit, auf welche man das gemeinschaftliche Gewerbe aufgerichtet hat. Also z. E. man hätte eine Compagnie auf fünf Jahre geschlossen, nach solchem Verlauf würde auch die Compagnie erlöschen. Solches aber kan niemand Wunder nehmen, weil es auch obbesagter maassen aus einer Societät auch vor der bestimmten Zeit zu scheiden erlaubet ist. Es wird auch 6) einer Compagnie das Garaus gemachet, wenn eine cessio oder auch publicatio bonorum (ein Banquerout und

Confiſcation) entweder Schulden halber, oder auch wegen eines ſchweren Verbrechens vorgehet, wobei eine Compagnie keinesweges beſtehen kan, weil nichts mehr vorhanden iſt, womit die Socii ihr gemeinſchaftliches Gewerbe fortreiben könten. §. 7. 8. *Inſt. h. t.* L. 4. §. 1. L. 63. §. 10, L. 65. §. 1. & 12. D. *pro Socio.* Die letzte Weiſe, wie ſich eine Geſellſchaft endigen kan, iſt 7). die gäntzliche Zernichtung derjenigen Sachen und Waaren, weswegen man eine Societät angefangen hat, L. 63. §. *vlt.* D. *eod.*

§. 951. 952. Wir ſchreiten nunmehr zum ſechſten Stück dieſes Titels, da wir zu ſehen haben, was für eine Rechts-Klage bei dem gemeinſchaftlichen Gewerbe entſtehen könne. Solche führet den Namen pro Socio von der Benennung des contractus ſocietatis, und iſt auf beiden Theilen directa, weil ſich ein Socius dem andern ſo gleich bei Errichtung der Compagnie verbunden, und vermöge der Natur des Contrakts zu gewiſſen Obliegenheiten anheiſchig gemacht hat. Hieraus erhellet, daß dieſelbe ein Socius wider den andern anſtellet, um alles dasjenige zu erlangen, was einer dem andern kraft des Contrakts ſchuldig iſt. Keinesweges aber kan man ſolche nach geendigtem Handlungs-Gewerbe wegen Zertheilung der gemeinſchaftlichen Güther anſtellen, als wozu uns das Recht die actionem communi diuidundo an die Hand giebet. L. 1. de *Commun. diuid.* Wovon unten (*Tit.* XXVIII. §. 983.) mit mehrerm gehandelt wird.

Zum Beſchluß iſt noch zu wiſſen, daß die gemeinſchaftlichen Gewerbe oder Societates in Teutſchland ſeit etlichen Jahrhunderten beſtändig gänge und gäbe geweſen ſind, und noch bis heutiges Tages, inſonderheit da dieſelben nach den Reichs-Geſätzen ihre Einrichtung haben, vornemlich in Nieder-Teutſchland, wie auch in den groſſen Handels-See- und Reichs-Städten bekannter maaſſen häuffig angetroffen werden. Wem ſchwebet nicht noch im friſchen Gedächtniß der ehemahls groſſe Hanſeatiſche Bund der reichſten und vornehmſten Teutſchen Reichs- und Landes-Städte, welche mit vereinigten Kräften ſo wol in auswärtigen Reichen, als auch in unſerm Vaterlande die Handlung in das gröſte Anſehen und Aufnehmen gebracht haben. CONRING *de Vrb. Germ.* §. 95. ſqq. WERDENHAGEN *de rebus publicis Hanſeaticis, in 12mo* Voll. III. Ob nun gleich dieſe groſſe Handels-Geſellſchaft der Teutſchen ſchon vor geraumer Zeit wiederum in Abnehmen gekommen iſt, ſo, daß nur noch wenige Städte den Namen davon führen: ſo haben ſich dennoch wiederum die in aller Welt bekannte Oſt- und Weſt-Indiſche Handels-Geſellſchaften oder Compagnien nach und nach in den gröſten Ruhm geſetzet, und ihr Wachsthum und Anſehen dauert noch bis dieſe Stunde. Sonſten aber wird auch in den älteſten Geſätzen der alten Teutſchen Völcker von Societäten nicht das geringſte gemeldet, auſſer, daß ſie des gemeinſchaftlichen

Gewerbes

Gewerbes der Eheleute hin und wieder Meldung thun. Diese Societas inter coniuges ist freilich in den Römischen Rechten etwas unerhörtes. Eben daher ist es denn auch gekommen, daß die alten Teutschen Rechte bei Einschleichung der Römischen Gesätze in Ansehung des gemeinschaftlichen Gewerbes der Eheleute über alle maassen verkehret worden sind, so daß man nur noch an einigen Orten geringe Spuren davon antrifft, wo nämlich zur Zeit die rechtlichen Weide-Sprüche beobachtet werden: **Huth bei Schleiher, Schleiher bei Huth, Längst am Leibe längst am Guth**, wovon WERNHER in einer besondern dissertation ausführlich gehandelt hat. Ferner: **Der letzte macht die Thür zu.** Denn es hatten die Ehegatten bei dem Antritt ihrer Heurat, um sich nicht nur dem Leibe, sondern auch dem Vermögen nach auf das genaueste zu verbinden, die Gewohnheit, sich gegen einander in diesen Worten zu erklären: **Wem ich meinen Leib gönne, dem gönne ich auch mein Guth.** S. LAUTERBACH *de Societate bonorum coniugali* c. 4. Besonders aber haben sich die grossen Handels-Städte in Teutschland dieses alten Rechts noch ziemlicher maassen beflissen: wie denn hiervon die Reichs-Stadt Hamburg unter andern zum Beispiel dienet, allwo ein Ehegatte für den andern stehen muß, und so gar die Frau für die Schulden ihres Ehemannes zu hasten verbunden ist. Noch deutlicher aber erhellet in unterschiedenen Landen des Teutschen Reichs, z. E. in unserer Marck Brandenburg, die communio bonorum inter coniuges bei dem Absterben eines Ehegatten, da dem Ueberlebenden sich mit den vorhandenen Kindern wegen der Güther dergestalt abzufinden erlaubt ist, daß er entweder die Halbscheid davon, oder sein Eingebrachtes hinweg nehmen kan, FR. MÜLLER *Resol. March.* 90. *per tot.* wo nicht etwa in gemachten pactis dotalibus eine andere Verordnung statt findet. KOHL *de pactis dotalibus* P. I. n. XI. P. II. *per tot.* Warum aber die Teutschen Gesätze von den Römischen hierin so gar unterschieden sind, solches ist ohnfehlbar daher zu leiten, weil die Ehe bei den Römern leicht zu trennen war, die Teutschen aber auch so gar vor Einführung des Christenthums das Band der Ehe gar selten, noch weniger aber nach Annehmung der Päbstlichen Rechte, aufzulösen pflegten. Hierzu kommt noch dieser Umstand, daß eine Römische Ehefrau bei den Mühwaltungen des Mannes müßig saß, und mithin nichts erwerben half, hingegen die Teutschen Hausmütter ihren Ehemännern als Sociae laborum periculorumque hülfliche Hand leisteten, und mithin von Rechts wegen Theil an den errungenen oder erworbenen Güthern haben musten. TACITVS *de morib. Germ.* c. 18. Woraus denn augenscheinlich eine Societas und communio bonorum inter coniuges hat entstehen müssen. Was nun diejenigen Societates und Compagnien, welche wegen eines gemeinschaftlichen Gewerbes noch heutiges Tages unter uns Teutschen geschlossen werden, den Rechten nach anbetrift:

ſo finden wir in dem gemeinen Gebrauch nichts ſonderliches, das anders dabei gehalten würde, als etwa die Römiſchen Rechte verordnet haben. S. GISEBERTI *Iuſtinianum Harmonicum*, *b. t.* Jedoch findet ſich in dem Nürnbergiſchen Stadt-Recht *Tit.* XVII. L. VII. folgende Verordnung, daß, wenn die Handthierung der Geſellſchaft von der Erben Eltern hergekommen iſt, und die Erben, oder derſelben Vormünder und Verſorger, die Geſellſchaft fortzuſetzen begehren, die andere Mitgeſellſchaftere ſie anzunehmen und darin bleiben zu laſſen ſchuldig ſeyn ſollen, wo nicht etwa ein anders die Geſellſchaft-Verſchreibung verordnet und beſtimmet hätte. Ueberhaupt aber iſt noch zu mercken, daß man ſich bei dieſem contractu conſenſuali die Benennung nicht irren laſſe, wenn es irgend unter den Mitgenoſſen eines gemeinſchaftlichen Gewerbes bei Aufrichtung dieſes Handels ſo wol, als bei Aufhebung deſſelben an ausdrücklichen Worten gefehlet hat. Denn das Bezeigen und die Affführung zweier und mehrer Perſonen kan dieſelben bei einem Gewerbe ſo wol zu einer Mitgenoſſenſchaft verbinden, als etwa eine ausdrückliche Einwilligung derſelben. 10. KÖPPEN P. I. *dec.* XLIX. n. 1. & ſeq. L. 4. L. 19. D. *pro Socio.* L. 23. §. 1. D. *de inofficioſo teſtamento.* L. 2. D. *de pactis.* MEVIUS *Conſult.* 1. n. 27. & ſeqq. LUDWELL *Exerc. Iuſtin.* XVI. *theſ.* 1. *lit.* b. Indem man ſich durch ſein Bezeigen zum öftern deutlicher zu erklären pfleget, als durch die Worte geſchehen kan, L. 5. D. *rem rat. hab.* L. 32. D. *de Legibus*, c. 52. X. *de appellationibus.* MEVIUS *Conſult.* XVI. n. 10. Dergleichen füget ſich auch, wenn ein Socius aus der bisherigen Mitgenoſſenſchaft tacite ausſcheidet; welchen Fall wir finden in L. 64. D. *pro Socio.* Jedoch kan dieſes keinesweges ſtatt finden, wenn man ein anderes verabredet hat. MEVIUS *l. c. n.* 75. & ſeq. Wie ſich endlich die Geſellſchaften nach den Reichs-Geſätzen zu verhalten haben, ſolches findet ſich in dem Reichs-Abſchied von 1512. §. 16. ſeqq. und in der Augſpurgiſchen Policei-Ordnung Keiſer Carls V. von 1548. *Tit.* XVIII. §. 1. Da wir hiernächſt vernommen haben, es könne ſich gar leicht ein armer Handelsmann mit einem reichen in Compagnie einlaſſen, und ein jeder nach ſeinem Antheil, darnach das eingelegte Capital viel oder wenig beträgt, ſeinen Gewinn erhalten, oder auch Theil an dem erlittenen Verluſte nehmen: ſo iſt wohl gewiß, daß ſo leicht keine Handlungs-Genoſſenſchaft ohne ſchriftliche Verfaſſung aufgerichtet wird, als in welcher man ordentlicher verſehen hat, wie es mit Gewinn und Verluſt zu halten ſey. Allein, weil es aber Fälle geben kan, wo man ſolches unterlaſſen hätte, ſo muß man ſich in den Teutſchen Rechten erkundigen, wie es hierbei zu halten ſey. So findet ſich z. E davon in der Nürnbergiſchen Reformation *Tit.* XVIII. *Leg.* I. und in der Franckfurtiſchen Reformation P. II. Tit. XXIII. §. 3. folgende Verordnung, daß, wann kein ausdrücklicher anderer Vergleich vorhanden wäre, der

Gewinn

Gewinn nach Anzahl iedes Gesellschafters Capital und Haupt-Guths ausgetheilet werden solle. Desgleichen §. 13. Daß sich die Gesellschaften ordentlicher Weise nicht weiter erstrecken, als auf dasjenige, was aus gemeinem Handel der Gesellschaft gewonnen und erobert wird. GISEBERTVS *l. c.* gedencket auch *n.* 69. daß zu Friedrichsstadt und Hamburg die allzu grosse Ungleichheit in dergleichen Handlungs-Genossenschaften nicht geduldet werde. Und *n.* 77. daß derjenige Socius, welcher ausser dem eingelegten der Compagnie ohne Beihülfe der andern seine Dienste leistet, an seinem Capital nach dem Friedrichstädtischen, Lübeckischen und Culmischen Recht nichts verlieret, wenn sich Verlust äussern solte: und *n.* 82. daß er, wenn sich kein Gewinn zeigte, nach Friedrichstädtischem Stadt-Rechte für seine Dienste einen Sold fordern könne. Ferner haben wir aus dem Römischen Recht vernommen, es habe ein Socius das beneficium competentiae, dieses ist dergestalt zu verstehen, daß, wenn ein solcher wegen nachläßiger Bezeigung von seinem Socio vermittelst der Klage pro Socio durch richterlichen Bescheid auf das äusserste gebracht worden wäre, er ihm dennoch eine jährliche Competentz aussetzen müsse. Er muß dannenhero dem Beklagten zu gute ein gewisses Stück Geldes niederlegen, von dessen Zinsen dem entblößten Socio der nöthige Unterhalt alljährlich gereichet werden könne. Was die Aufkündigung anbetrift, so hat man die Freiheit, aus einem gemeinschaftlichen Handlungs-Gewerbe zu scheiden an unterschiedlichen Orten ziemlicher maassen eingeschräncket. Solches siehet man an den Gesellschaften bei den Bergwercken, bei der Ost-Indianischen und andern Handlungs-Compagnien, u. d. m. von welchen man sich nicht so leicht loswickeln kan, wenn der Eintritt in dieselben einmal geschehen ist. Ja hat man sich verbunden, auf sich, und alle seine Erben und Erbnehmen, so ist es auch diesen nicht erlaubet, an eine Aufkündigung zu gedencken.

Tit. XXVII.

De Mandato.

§. 953. 954.

Der letzte contractus consensualis ist mandatum, oder eine ausdrückliche Vollmacht, wovon wir in diesem Titul zu handeln haben. Wir werden dannenhero hier vor allen Dingen sehen; 1) Was ein mandatum sey? §. 953. seq. 2) Wie vielerlei es mandata gebe? §. 955-958. 3) Was es für eine Beschaffenheit mit diesem contractu habe? §. 959. seq. 4) Auf was für eine Art

und Weiſe derſelbe ſeine Endſchaft erreiche? §. 961. und 5) Was für Klagen daraus entſtehen können? §. 962-964. Es fraget ſich alſo hier 1) Was ein mandatum für ein contractus ſey? Solches erhellet aus deſſen Erklärung, da es heiſſet, mandatum ſey ein contractus conſenſualis, quo negotium honeſtum, ab alio ex fiducia commiſſum, gratis adminiſtrandum gerendumque ſuſcipitur. Wir nennen das mandatum einen Contrakt, deſſen Beſchaffenheit und Natur dieſes Geſchäffte vor uralten Zeiten nicht gehabt hat. Denn es war nur unter vertraulichen Freunden und Bekannten, auf deren Treue und Aufrichtigkeit man ſich zu verlaſſen hatte, allein gäng und gäbe. Es war demnach keine obligatio perfecta, welche mit einem Gerichts-Zwang belegt werden konte, vor Alters, gleichwie auch bei dem precario, L. 14. D. *de precario* dabei vorhanden; ſondern es beruhete einzig und allein auf einer Höflichkeit, welche gute Freunde einander aus redlich geſinnter Freundſchaft und Treue zu erweiſen pflegen. Derjenige, welchem ſein Freund eine Sache auszurichten aufgetragen hatte, verband ſich bei der Zuſage, demſelben deswegen allein mit dem Handſchlage zur getreuen Vollziehung des übergebenen Geſchäffte: weil man den Geſätzen der Erbarkeit und der Freundſchaft, welche wider das gute Vertrauen und wider die gefaßte Zuverſicht eines Freundes zu ſündigen nicht erlauben, keinesweges zuwider zu leben gewohnt war. Solches zeiget einiger maaſſen der Urſprung des Wortes mandatum, welches von manu datum entſtanden ſeyn mag, weil manus nach dem Ausſpruch SERVII *ad* VIRGIL. *libr.* III. v. 607. *ſacra iudicabatur fidei*, und man die Hand dabei einander zu reichen pflegte. Auf dieſen Gebrauch ſcheinet PLAVTVS *Captiv. Act.* II. *Scen.* 3. *v.* 79. ſeqq. mit dieſen Worten zu zielen:

Pac fidelis ſis fideli; cave fidem fluxam geras.
Nam pater, ſcio, facict, quæ illum facere oportet omnia.
Serva tibi in perpetuum amicum me; atque hunc inventum inveni.
Hac per dexteram tuam, te dextera retinens manu,
Obſecro! infidelior mihi ne fuas, quam ego ſum tibi.
Tu hoc age; tu mihi eras, nunc es, tu patronus, tu pater.
Tibi commendo ſpes opesque meas. PHI. MANDAVISTI *ſatis.*
Satin' habes? mandata quæ ſunt, facta ſi refero? TYN. *ſatis.*

Und TERENTIVS in *Heaut. Act.* III. *Scen.* I. *v.* 84. ſagt desgleichen:

MEN. *Cedo* DEXTERAM, *porro te idem oro, ut facias, Chreme.*
CHR. *Paratus ſum.*

S. GERARD. NOODT *Probabil. lib.* IV. *v.* 12. p. 108. und in *Comment. ad Pandectas h. t.* p. 371. ISIDORVS *Origg. lib.* IV. *c.* 4. Allein weil Untreue und Falſchheit in der menſchlichen Geſellſchaft auch ſo gar unter Freunden mehr und mehr Wurtzel faſſete, daß man die Geſätze des natürlichen Rechts bei gethaner

Zuſage

Zusage nicht mehr für allzu verbindlich anzusehen begunte: so geschahe es, daß die Römer die Festhaltung und Vollstreckung eines mandati in iure positivo dergestalt bestimmeten, daß selbiges als ein contractus iuris civilis durch Verleihung einer rechtlichen Klage endlich obligationem perfectam erhielte. GERARD. NOODT. *ad Pandectas h. t.* Ferner heisset es in der Erklärung, das mandatum sey ein contractus consensualis, weil so wol des Bevollmächtigten als des Bevollmächtigers übereinstimmige Einwilligung darzu erfordert wird. Uebernimmt dannenhero jemand die Geschäffte dessen, welcher nichts davon weiß, noch auch Vollmacht dazu gegeben hat: so heisset solches Geschäffte keinesweges mandatum, sondern negotiorum gestio, oder freiwillige und eigenmächtige Verrichtung fremder Geschäffte. Solche aber ist kein verus, sondern quasi contractus, weil es an der ausdrücklichen Einwilligung desjenigen mangelt, dessen Sache man sich hinter seinem Rücken angelegen seyn lässet. Weiter sagen wir, daß ein mandatarius von seinem mandante ein negotium honestum ex fiducia commissum übernehme auszurichten. Hierdurch unterscheidet sich das mandatum von dem iussu, welches ein Befehlshaber demjenigen, welchen er unter seiner Gewalt hat, auferleget. Es unterscheidet sich ferner von einem consilio oder gegebenen Rath, welcher uns von dem ertheilet wird, unter dessen Bothmäßigkeit wir keinesweges stehen, sondern welcher uns entweder von freien Stücken, oder auch auf unsere Bitte, wozu überredet oder anmahnet, welches aber, weil uns frei stehet, demselben zu folgen, oder auch zu entsagen, keine Verbindlichkeit mit sich führet. Jedoch hätte jemand einem Diebe durch ein speciale consilium, welches in der Peinlichen Halsgerichts-Ordnung ein Einschlag genennet wird, zu Begehung eines Diebstahls Anlaß gegeben: so würde ein solcher Rathgeber deswegen ohnfehlbar dafür anzusehen seyn, und eine Strafe statt finden, so, wie es die befundenen Umstände erheischen. Ja woferne derselbe gar etwas von denen gestohlenen Sachen erhalten hätte: so würde ein solcher Rathgeber mit der pœna furti beleget werden können. Hätte hiernächst ein boßhaftiger Rathgeber vorsetzlicher Weise jemand wozu überredet, woraus ihm ein Schaden zugestossen wäre: so müßte er dafür haften, weil die actio de dolo wider denselben nach L. 47. D. *de Reg. Iur.* statt haben muß. Endlich findet sich auch zwischen dem mandato und einer Recommendation in unsern Rechten gleichfalls ein mercklicher Unterscheid, welcher ebener maassen darinn bestehet, daß der commendans demjenigen zu nichts verbunden wird, welchem er eine Sache oder Person vorgelobet und angepriesen hat; weil nämlich derselbe durch solche Recommendation nicht ausser Freiheit zu thun und zu lassen gesetzet wird, und also den commendantem, falls die Recommendation nicht nach Wunsche ausschläget, zu nichts verbinden und anhalten kan, L. 12. §. 12. D. *h. t.* Diesem ungeachtet aber lehret der heutige Rechts-Gebrauch, daß

ein

ein ſo genannter Credit-Brief, welchen ein Kaufmann an den andern geſchrieben hat, den Verfaſſer allerdings obligire. FINCKELTHAVS *Obſerv.* XVI, 11,7. GOMEZ *Reſolut. Var. Reſ.* XIII. *n.* 5. Und überhaupt kan ein jedweder, ob er gleich kein Kaufmann iſt, wenn er ſich unterſtanden hat, mich boßhaftiger Weiſe durch eine falſche Recommendation hinter das Licht zu führen, mit der actione de dolo belanget werden, L. 8. D. *de dolo malo.* Ja nach dem L. 42. D. *Mandati* kan man wider denjenigen, welcher ſich nach *Sempronii* Vermögen auf unſer Anſuchen erkundigen ſoll, weil er uns um ein Darlehn angeſprochen habe, und welcher uns von deſſelben Wohlſtande fälſchlicher Weiſe viel Rühmens gemacht hat, daß wir nachhero haben in Schaden gerathen müſſen, gar füglich actionem mandati anſtellen. Zuletzt wird in der Erklärung des mandati noch gedacht, es ſey ein negotium gratis ſuſcipiendum. Demnach heiſſet dasjenige Geſchäffte, welches um einen gewiſſen Lohn am Gelde bedungen, oder übernommen wird, nicht mandatum, ſondern locatio; und bekommt jemand für die übernommene Mühwaltung Verdingungs-weiſe etwas anders, das nicht Geld, wohl aber Geldes werth iſt, ſo iſt es contractus facio ut des, oder do ut facias; und verbinde ich mich wiederum zu Ausrichtung eines gewiſſen Geſchäfftes: ſo iſt es contractus, facio ut facias. Wovon ſich das mandatum gantz deutlich und augenſcheinlich unterſcheidet; ob man ſelbigem gleich ein willkührliches und ſelbſt-beliebiges Ehren-Geſchenck, womit man ſeine Danckbegierde und Erkenntlichkeit an den Tag leget, nicht gar füglich abſprechen kan. L. 6. *princ.* D. *Mandati.* S. des Hrn. Geh. Rath Böhmers *Introd. in ius Dig. h. t.* §. 13.

§. 955-958. II) Bisher haben wir erörtert, was ein mandatum eigentlich ſey: nunmehro wollen wir auch ſehen, wie vielerlei es mandata gebe? Solche nun ſind ſehr unterſchiedlich. Denn 1) haben wir mandatum expreſſum, welches man entweder mündlich oder ſchriftlich ertheilet. Tacitum, welches jemanden facto verliehen wird, daraus derſelbe als mandatarius unſere Einwilligung ſchlieſſen kan. So ſehen wir z. E. daß ſich *Sempronius* unſerer Geſchäfte annimmt; wenn wir nun ſolches geſchehen laſſen, und darzu ſtille ſchweigen: ſo geben wir dadurch zu verſtehen, daß wir *Sempronium* zum mandatario annehmen, L. 6. §. 2. D. *Mandati.* So giebt es auch hiernächſt ein mandatum præſumtum, wenn ſich z. E. der Sohn für den Vater, der Ehemann für ſeine Frau, der Eidam für ſeinen Schwieger-Vater in den Gerichten einfindet. Man vermuthet wegen der Anverwandſchaft, daß dieſe Perſonen von ihren Sippſchafts-Genoſſen eine wirckliche Vollmacht wegen der gerichtlichen Geſchäffte erhalten haben, und gleiches Recht läſſet man denen angedeihen, welche litis conſortes ſind, ſo bald man den Krieg Rechtens befeſtiget hat, L. 35. *princ.* D. *de procuratoribus.* L. 2. *Cod. de Conſort. eiusque lit.* Was aber den Ehemann belanget,

belanget, ſo iſt ſolche præſumtio nur alsdenn nöthig, wenn er ſich für ſeine Ehegenoßin ratione ihrer bonorum receptitiorum vor den Gerichten ſtellen muß, L. 21. *Cod. de procuratoribus*, weil er, wenn de coniugis bonis dotalibus und paraphernalibus proceſſiret wird, ohne Vollmacht den Proceß im erſtern Fall als dominus dotis führen, im andern aber als uſufructuarius und legitimus adminiſtrator gerichtlich erſcheinen kan. Endlich præſumiret man auch, daß jemand wircklich bevollmächtiget ſey, wenn er auch nur eine nicht allzu richtige oder mangelhafte Vollmacht vorweiſen kan, L. 1. *Cod. de procurat.* Jedoch mercken wir hierbei, daß alle die Perſonen, deren mandatum præſumiret wird, nach den Rechten cautionem de rato ſtellen müſſen, L. 35. L. 40. §. *ult.* D. L. 1. *Cod. de procuratoribus.* Siehe unſere Pandekten P. I. §. 427. und 428. 2) Wird dasjenige mandatum generale genennet, vermittelſt deſſen wir jemanden alle unſere Geſchäffte, oder auch die gäntzliche Verwaltung über die ſämmtlichen Güther auftragen: ſpeciale aber iſt dasjenige, wodurch wir ein beſonders negotium einem mandatario auferlegen, L. 58. L. 60. L. 63. D. *de procuratoribus.* 3) Hat man auch mandatum iudiciale und extraiudiciale. Kraft des erſtern übernimmt man negotia iudicialia; vermittelſt des letztern aber negotia domeſtica und extraiudicialia, L. 33. *princ.* §. 1. L. 35. §. 3. L. 43. D. *de procurat.* Ein jegliches mandatum aber kan entweder purum, oder in diem dilatum, oder auch conditionale ſeyn, §. 2. *Inſt.* L. 11 §. 3. D. *Mandati.* Das erſte giebt dem mandatario die Befugniß ohne Beding und ohne Beſtimmung der Zeit, wenn eher die Gültigkeit des mandati angehen, oder zu Ende laufen ſoll, die Verwaltung eines fremden Geſchäffts zu Stande zu bringen; das zweite beſtimmt ſolche Zeit: das dritte aber enthält diejenige Bedingung in ſich, ohne welche das mandatum nicht gelten kan. 4.) Wenn jemand eines andern Geſchäffte dergeſtalt übernimmt, daß er kraft ſeiner Vollmacht allen Vortheil und Nutzen davon zu hoffen hat: ſo heißt das mandatum in rem ſuam. Hingegen bekommt man eine Vollmacht, durch deren Vollſtreckung ſich ein anderer den Vortheil vermuthen kan: ſo heißt es mandatum in rem alienam. Was das erſtere betrifft, ſo iſt ſolches allemal mit einer Ceſſion verbunden. Alſo, wenn ich an einen Kaufmann zu Amſterdam 1000. Pfund Sterling zu fordern habe, und dieſe Schuld-Forderung an meinen Bruder abtrete: ſo bekommt mein Bruder die Befugniß als mein mandatarius, gedachten Kaufmann wegen der Schuld zu belangen. Ob ſolcher nun gleich eigentlich nicht meinem Bruder, ſondern mir beſagtes Geld ſchuldig iſt: ſo überkommt dennoch mein Bruder, wenn er den Proceß gewinnet, als mandatarius in rem ſuam, gemeldete 1000. Pfund Sterling, L. 33. §. 5. L. 36. D. *de procuratoribus.*

§. 959. 960. III) Die gemachte Ordnung erfordert nunmehro auch zu ſehen, was ein mandatum für eine Natur und Eigenſchaft habe, und was da-

bei Rechtens ſey. Solches aber zeigen wir kürtzlich in ſieben concluſionibus, welche in der Erklärung gegründet ſind. Und zwar 1) ein mandatum wird einzig und allein zwiſchen den Perſonen durch eine übereinſtimmige Einwilligung contrahiret: weil es unter die contractus conſenſuales gerechnet wird. Jedennoch aber ſind hier zwei Stücke beizufügen, erſtlich, daß man zwar in den Gerichten eine ſchriftliche Vollmacht zu fordern pflege, aber nur probationis gratia ſolches erheiſche, damit der Richter und der Gegentheil ſehen möge, ob der Vorzeiger verus procurator ſey. Daher gehöret die Schrift keinesweges zu dem Weſen dieſes Contrakts. Zweitens, daß auch ratihabitio für den Conſens gehalten und angeſehen werde: als welche nach L. 80. D. *mandati*, ad initium negotii retrotrahiret wird, das der mandatarius noch nicht völlig zu Stande gebracht hat. Denn ſonſt bekäme die Verwaltung der Javoleniſchen Geſchäffte, welche wir wircklich ohne *Javoleni* Vorwiſſen bereits ausgerichtet haben, den Namen einer negotiorum geſtionis. 2) Ein mandatum obligiret nur alsdenn, wenn die darinnen aufgetragene Geſchäffte erlaubt ſeynd, §. 7. *Inſt. h. t.* Daher, woferne man einen Mörder, Mevium umzubringen, bevollmächtigte: ſo wäre der Mörder, ob er gleich ſolches übernommen hätte, dennoch keinesweges daran verbunden. Da wir aber ſagen, daß ein ſolches mandatum nicht verbinde: ſo iſt ſolches ratione der verabredeten Mordthat zu verſtehen. Denn wenn ſelbige wircklich geſchehen iſt: ſo ſind beide Contrahenten wegen dieſes Verbrechens ſtrafffällig, und nithin obligati ad pœnam. FACHINEVS *lib. 1. Controverſ. Iur.* c. 36. S. HERTII diſſert. *de obligatione mandantis & mandatarii*, cap. III. §. 18. 3) Ein mandatum leidet keine Belohnung, wohl aber, wie wir oben gezeiget haben, ein honorarium (§. 800.). Daher bleiben procuratores iudiciales mandatarii, ob ſie ſchon nichts ohne Entgeld zu verrichten pflegen; weil ihre Bezahlung gemeiniglich honorarium genennet wird. Wir mercken, daß ſolches bei allen contractibus gratuitis, als beim mutuo, commodato, depoſito, negotiorum geſtioni ſtatt finde. 4) Was ein mandatarius mit Ueberſchreitung der Vollmachts-Gräntzen vornimmt, das iſt ungiltig, und verbindet den mandantem keinesweges, ſo gar, daß der mandatarius in Anſehung deſſen nicht einmal actionem negotiorum geſtorum wider ihn anſtellen kan, woferne er ihm das verrichtete Geſchäffte verboten, oder auch nur in der gegebenen Vollmacht nicht mit aufgetragen hätte, L. 5. L. 42. D. *mandati*, §. 8. *Inſt. h. t.* Doch iſt ihm unverwehret, die Vollmacht durch jemand anders, oder durch ein Mittel von gleichen Kräften auszurichten, L. 8. §. 3. L. 42. L. 62. §. *ult.* D. *mandati.* 5) Ein mandatarius oder Bevollmächtigter hat ordentlicher Weiſe keinesweges die Befugniß, ſich jemand zu ſubſtituiren. Denn der Vollmachts-Geber hat auf die Perſon geſehen, deren Geſchicklichkeit er zu Ausrichtung ſeines Geſchäfftes für hinlänglich erachtet hat: ſolche

ſolche Zuverſicht aber kan er nicht ſo gleich auf den Subſtituten des Bevollmächtigten ſetzen. Und wo kan ein mandatarius diejenigen Urſachen wiſſen, welche den mandantem abhalten, zu der Perſon des Subſtituti ein Vertrauen zu tragen: zumal da ſich bei deſſen ſonſt ſehr geſchickten Perſon viele Umſtände finden mögen, die die gantze Verwaltung der Geſchäffte, wo nicht gäntzlich Krebsgängig machen, doch wenigſtens hindern und aufhalten? Eine gantz andere Frage iſt dieſe, ob ein mandans die Subſtitution des mandatarii für genehm zu halten verbunden ſey, da er ſiehet, daß ſeine Geſchäffte nach Wunſch zu Stande gekommen ſeyn? Dieſe Frage muß billig bejahet werden, weil der mandans ſeinen Endzweck erreichet hat. Ja der mandans iſt daran verbunden, wenn auch gleich die Sache übel ablaufen ſollte. Z. E. Es hat mir ein Kaufmann einige Waaren zu kaufen Vollmacht gegeben, welche ich ihm durch den Fuhrmann *Titium* überſenden ſoll. Allein ich übergebe ſolche dem Fuhrmann *Sempronio*, und nachgehends wird ſo wohl *Sempronius* als *Titius* auf dem Wege beraubet und geplündert: Bei ſolchem Fall muß der mandans gleicher maaſſen daran gehalten ſeyn, weil das mandatum per æquipollens ſeine Erfüllung erreichet hat. Ob gleich ein Unglücks-Fall, die Waaren wircklich zu überkommen, hinderlich geweſen iſt, arg. L. *fin.* §. 1. D. *ad* L. *Rhod. de Iactu.* 6) Wenn ſich ein mandatarius um das mandatum freiwillig beworben, und alſo ſeine Perſon zu Uebernehmung des Geſchäfftes ſelbſt angeboten hat: ſo muß er auch für das geringſte Verſehen ſtehen, L. 13. L. 21. *Cod. mandati*, weil ein jeder, der ſich freiwillig zu einem Geſchäffte aufwirfft, allen möglichen Fleiß, wozu er ſonſt den Rechten nach nicht gehalten iſt, anzuwenden gezwungen werden kan. (§. 868.) 7) Derjenige mandatarius, welcher ſeines Freundes Vertrauen und Hoffnung mit Schanden hat ſincken laſſen, gehet wegen ſeiner vorſetzlichen Boßheit, oder auch wegen groben Verſehens, ſeines guten Namens und der damit verknüpften Rechte billig verluſtig, L. 1. L. 6. §. 6. D. *de his, qui not. infam.* §. 2. *Inſt. de pœna temere litigantium.* L. 21. *Cod. mandati.* CICERO *pro Roſc. Amerino* c. 38. (§. 785.) Es hat auch ſo gar dieſer Contrakt vor andern dieſes beſonders, daß, da ſonſt nur diejenigen mit der infamia beleget werden, wider welche man den Proceß vermittelſt der actionis directæ behauptet hat, auch der mandans kraft der angeſtellten actionis mandati contrariæ wegen ſeiner vorſetzlichen Boßheit mit gedachter Straffe durch richterlichen Ausſpruch ebenfalls angeſehen werden kan. Z. E. Es trägt mir jemand auf, Bürge zu werden: es geſchiehet, daß man den Bürgen würget: da habe ich das Recht, mich an den Vollmachts-Geber zu halten. Weigert ſich nun derſelbe, mir den Schaden gut zu thun: ſo kan ich ihn durch die actionem directam nicht nur zu ſeiner Schuldigkeit anhalten, ſondern auch ſo gar durch pœnam infamiæ in die empfindlichſten Umſtände ſetzen laſſen, L. 6. §. 5. & 6. D. *de his qui not. infam.*

§. 961. Es fraget ſich nunmehro, IV) Auf was für eine Art und Weiſe dieſer Contrakt ſeine Endſchaft erreiche, welches man aber, da man deſſen Beſchaffenheit eingeſehen hat, gar leicht beantworten kan. Denn a) endiget ſich ein mandatum diſſenſu contrahentium mutuo: weil auch hier die bereits oft eingeſchränckte Regel, L. 35. D. *de Reg. Iur.* ſtatt findet. So wird auch ein mandatum aufgehoben, b) wenn ein Vollmachtsgeber daſſelbe widerrufet: nur muß ſolche Widerrufung noch zu rechter Zeit, d. i. ehe man wircklich das Geſchäffte zu verwalten angefangen hat, vor ſich gehen, §. 9. *Inſt. h. t.* Widrigenfalls muß der Bevollmächtigte von dem mandante, wo er anders die Widerrufung des mandati für giltig angeſehen haben will, ratione der aufgewandten Koſten gäntzlich ſchadlos gehalten werden, wovon wir die Rechtsgegründete Urſache oben (§. 950.) bereits angeführet haben. Es endiget ſich hiernächſt c) eine Vollmacht, wann der mandatarius dieſelbe wiederum aufkündiget. Denn gleichwie der Vollmachtsgeber ſein mandatum zu widerrufen befugt iſt: alſo hat ein Bevollmächtigter gleiche Freiheit und daſſelbe Recht, ſich von dem übernommenen Geſchäffte durch zeitige Aufkündigung los zu machen, §. 11. *Inſt. h. t.* Denn z. E. So würde mein procurator zur gröſten Unzeit mit der Aufkündigung des mandati angeſtochen kommen, da er von einem ungerechten Urtheil zur Appellation hätte ſchreiten, keinesweges aber daſſelbe auf ſolche Weiſe hätte rechtskräftig laſſen werden ſollen, weshalb er mir dafür haften muß. Es endiget ſich d) ein mandatum durch das Abſterben der Contrahenten, L. 26. L. 27. §. 3. D. *Mandati.* Denn weil ein Vollmachtsgeber ſich zu Ausrichtung ſeiner Geſchäffte eine geſchickte Perſon erſehen hat: ſo iſt nicht ausgemacht, daß er dieſelbe auch an deſſen Erben haben werde, mithin kan man auch auf ſelbige das mandatum keinesweges ziehen. Hierzu kommt noch dieſes, daß obgedachter maaſſen man eine Vollmacht aus Freundſchaft übernehme. Da nun des mandatarii Erbe mit mir gar nicht in ſo gutem Vernehmen ſtehet, als der Verſtorbene, ſo folget hieraus, daß der Tod, wie alles, alſo auch ein mandatum aufheben müſſe. Allein auch hier können die Contrahenten ratione der Erben mit einander eine eigene Verabredung nehmen. Denn nach dem Reichs-Abſchied *de an.* 1654. können ſie die Verbindlichkeit, inſonderheit einer gerichtlichen Vollmacht, auch ihren Erben auf folgende Weiſe aufbürden: **Ich urkunde und bekenne für mich, meine Erben und Erbnehmen, daß ich Herr *Titium* hiermit zu meinem Bevollmächtigten *conſtituire*, ſetze und beſtelle.**

§. 962-964. Uebrigens müſſen wir nunmehro noch diejenigen Klagen beifügen, welche aus dieſem Contrakte entſtehen. Und weil beide Contrahenten einander gewiſſe Verbindlichkeiten zu erweiſen ſchuldig ſind: ſo hat der contractus, als allenthalben, auch zwey Klagen. Vermöge des contractus Beſchaffen-

ſchaffenheit übernimmt der mandatarius gleich anfänglich ſeine Obligation: der Vollmachtsgeber aber wird erſtlich nach verrichtetem Geſchäffte dem mandatario die dabei gemachten Koſten und den erlittenen Schaden gut zu thun für verbindlich angeſehen. Dannenhero hat mandans contra mandatarium wegen der ſchlecht geleiſteten Verwaltung des übernommenen Geſchäffte actionem mandati directam, hingegen der Bevollmächtigte actionem mandati contrariam. Und da dieſes Geſchäffte ein contractus nominatus iſt: ſo ſiehet man leicht, warum eine jede Klage die Benennung des contractus mit ſich führet. Ein mandans treibet demnach ſeinen mandatarium vermittelſt der ihm zukommenden Klage vornemlich dazu an, daß er die übernommenen Geſchäffte gehöriger maaſſen auszurichten, oder das intereſſe zu erlegen, die dabei vorkommende Rechnung richtig abzulegen, das aus der Vollmacht erlangte Erwerb dem mandanti einzuhändigen, wie auch allen verurſachten Schaden zu erſetzen, vermöge genommener Abrede ſchuldig ſey. Dahingegen gehet die Klage eines mandatarii contra mandantem hauptſächlich ad indemnitatem conſequendam: als worauf die Abſicht aller actionum contrariarum hauptſächlich gerichtet iſt. HERTIVS *de obligatione mandantis & mandatarii contempl.* III. §. 18. Wäre aber einer von beiden Contrahenten inzwiſchen mit Tode abgegangen; ſo iſt kein Zweifel, daß des Verſtorbenen Erben gleichfalls belanget werden können: da überhaupt dieſelben in defuncti locum, ius & obligationes ſuccediren, L. 58. *princ.* D. *mandati.* Was nun hiernächſt die von dem mandatario auf das vollzogene Geſchäffte verwandte Koſten anlanget, ſo iſt zu mercken, daß er die Klage, wenn auch die Ausrichtung nicht allerdings gelungen wäre, nur auf impenſas neceſſarias und utiles richten könne, L. 4. *Cod. mandati.* Ja hätte derſelbe wegen zugeſtoſſener Unglücks-Fälle, und von ohngefähr zugeſtoſſener Kranckheit, Unkoſten gehabt: ſo verſtatten ihm unſere Rechte keinesweges die Befugnis, dieſelbe dem Vollmachtsgeber abzufordern. Da wir endlich vernommen haben, daß der mandans von dem mandatario eine Erſetzung des verurſachten Schadens zu fordern befugt ſey: ſo mercken wir, daß ein Bevollmächtigter nur denjenigen Schaden gut zu thun angehalten werden könne, welchen er dem mandanti durch ein grobes und leichtes Verſehen zugefüget hat. Jedoch hätte er ſich ſelbſt zu Uebernehmung der Vollmacht entweder aufgedrungen, oder auch nur aus Höflichkeit anerboten: ſo würde der Vollmachtsgeber denſelben auch zu Erſetzung des leichteſten Verſehens anhalten können.

Was zuletzt noch von dem bei einem mandato in Teutſchland üblichen Rechte zu gedencken iſt, ſo haben wir zwar ebenfalls gerichtliche und auſſergerichtliche Vollmachten, und die leztern erſtrecken ſich obgedachter maſſen in Anſehung der gerichtlichen procuratorum auch auf die Erben des mandantis, aber keinesweges, wie bei den Römern, propter dominium litis, ſondern damit keine Gefährlich-

keit zu Verlängerung der Processe gebraucht werde, wenn es nöthig wäre, nach tödtlichen Hintritt einer und der andern Partei die Erben derselben *ad reassumendam litem* zu *citiren*. Ein procurator ist solchen falls allein schuldig, innerhalb drei Monaten, oder auch unerwartet solcher Zeit, so bald er es in Erfahrung gebracht, seines abgelebten Principalen Todes-Fall, und desselben hinterlassenen Erben Namen zu dem Ende an- und einzubringen, damit die Bescheide desto ordentlicher verfasset werden mögen. Solchemnach, damit nämlich alle unnöthige Erweiterung und Verlängerung der Processe bei sich ereignenden Ableben des procuratoris vermieden werde, hat das Teutsche Reich im obgedachten Reichs-Abschied *de a. 1654.* §. 100. gleicher maassen gar heilsam verordnet, daß die Parteien gleich zu Eingang des Rechts-Standes dem *procuratori* einen *substitutum*, jedoch ohne Bestallung, und allein dahin, bis sich der Fall begiebt, beizuordnen schuldig seyn sollen. Betreffend die Vollmachten selbst, so ist bekannt, daß sich ein jeder Sachwalter durch schriftliche Vollmacht legitimiren und rechtfertigen müsse. Ja man hat in unsern Königl. Preußischen Landen so gar gedruckte Vollmachten, in welchen man nichts vergessen hat, was irgend bei gerichtlichen und vorkommenden Geschäfften in Erwehnung zu bringen seyn könne, und in andern Landen deswegen eine besondere Vollmacht nöthig zu seyn pfleget. An unterschiedenen Orten ist es auch einer jeden Partei vergönnet, einen procuratorem vor Gericht dergestallt zu bestellen, daß der Inhalt einer Vollmacht aus dem Munde des Principalen dem gerichtlichen Protocoll einverleibet wird. Erfordern nun bei dem allen unvermuthete Umstände, daß ein sich schon zur Genüge gerechtfertigter und legitimirter Procurator in seines Principals Namen gewisse actus iuridicos, oder auch andere wichtige Geschäffte, mit der Gegen-Partei und andern Personen, welche auch nur von ferne Theil an dem Proceß nehmen, vorzunehmen und zu vollstrecken hat, welche in der bereits ausgefertigten Vollmacht nicht mit Namen ausdrücklich erwehnet sind, so wird noch über dieses ein mandatum speciale erheischet, kraft dessen der procurator zu dem besondern Geschäffte ohne weitern Anstand zugelassen werden muß. Das mandatum generale aber theilet man gemeiniglich in mandatum sine libera & cum libera: wozu c. 4. *de procuratoribus in* 6to. ausser Zweifel Gelegenheit gegeben haben mag. Allein gleichwie solcher Unterscheid in dem Römischen Recht nicht gar zu wohl gegründet ist; indem L. 58. D. *de procuratoribus*, wie auch L. 9. §. 4. D. *de adquir. rer. domin.* nichts anders enthalten, als daß ein mandatarius, der eine General- oder allgemeine Vollmacht hat, bereits alles thun könne, was das Haupt-Geschäffte zu erfordern scheinet, dergestallt, daß er zu keiner in dasselbe einschlagenden besondern Handlung auch ein besonderes mandatum nöthig habe, wenn nur zu vermu-

vermuthen wäre, daß der Principal selbsten solche, falls er gegenwärtig wäre, vornehmen würde, und wäre es gleich eine Sache von der grösten Wichtigkeit; dahergegen ein procurator widrigenfalls ein speciale mandatum einholen müste, wenn auch die Sache von keiner sonderbaren Erheblichkeit zu seyn schiene: also giebt es auch viel Streitens unter den Rechtsgelehrten, was für Verrichtungen und Handlungen unter dem mandato cum libera zu verstehen seyn sollen, mithin behält das mandatum sine libera, weil man dessen Gräntzen nicht überschreiten darf, allein die wahre Bedeutung einer vorgeschriebenen, und in allen Rechten fest gegründeten Vollmacht. Diese wird deswegen kein mandatum cum libera, wenn man auch noch so viel Handlungen und Geschäffte darinnen nahmhaft gemachet hätte: indem durch allzugenaue Vorschrift ein mandatarius vornemlich in die engsten Schrancken gestellet wird, und folglich je mehr und mehr die Pflichten eines klugen und rechtschaffenen Bevollmächtigten, wegen deren Verabsäumung er zur Rede gestellet zu werden befürchten muß, in acht zu nehmen hat. Siehe des Hrn. Geh. Rath **Böhmers** *Jus Ecclesiasticum Lib.* I. *Tit.* XXXVIII. §. 6. seqq. Ueberhaupt aber findet sich sonst nichts besonders bei diesem Contract nach den Teutschen Rechten: weil man die Römischen Gesätze in allen Teutschen Landes-Verordnungen zur Richtschnur vollmächtlicher Geschäffte, und daher entstehender Verbindlichkeiten durchaus bestimmet hat. S. GISEBERTI *Iustinianum Harmonicum.* Nur dieses eintzige finden wir in den uralten Gesätzen der Teutschen Völcker, nemlich in L. *Wisigoth Lib.* V. *Tit.* V. §. 1. und in L. *Baiuvar. Tit.* XIV. c. 1. daß bei dem mandato eine gewisse merces oder Belohnung, wie bei der locatione conductione, statt gefunden habe; und daß nach dem **Schwaben-Spiegel** ein mandatarius auch habe vor Unglücks-Fälle stehen müssen, welches in dessen 266. Capitel folgende Worte andeuten: **Also ist es umb alle Befehlnuß, weß sich der Mann unterwindet zu pflegen oder zu behalten, und wird es ihm gestohlen, er muß es gelten.** Allein man siehet auch hieraus eine unschuldige Fahrläßigkeit der Teutschen, welche so wol mercedem, als præmium und honorarium mit der Benennung Lohn auszudrücken pflegten, ohne dabei auf den Unterscheid der Rechte ein Augenmerck zu nehmen. WACHTER *Glossar. voce* **Lohn & Belohnung.** Die einem mandatario aufgelegte Ersetzung eines Unglücks-Falls aber scheinet mehr eine Anreitzung zur Sorgfalt und Behutsamkeit zu seyn, als daß man die Gräntzen einer natürlichen Billigkeit bei unsern Vorfahren durch eine allzu strenge Satzung, bei welcher keine Entschuldigung statt findet, hätte überschreiten sollen.

Tit. XXVIII.

De Obligationibus, Quæ Quasi Ex Contractu Nascuntur.

§. 965 - 967.

Wir haben nunmehro alle contractus veros nominatos in unsern Lektionen abgehandelt, und es sollen numehro die contractus innominati der Ordnung gemäß vorkommen: aber Iustinianus ist solche mit Stillschweigen übergangen. Demnach wir also die contractus veros erwogen und betrachtet haben: so folgen nunmehro die quasi contractus, welche wir folgendergestalt erklären. Es sind nemlich quasi contractus erlaubte und der Erbarkeit gemässe Verrichtungen, wodurch man einen andern ohne sein Vorwissen sich verbindlich macht; da man dessen Einwilligung hierzu nach Recht und Billigkeit vermuthen kan. Diese Erklärung gedencket solcher Verrichtungen, welche der Erbarkeit gemäß sind: indem man sich durch kein schändliches Vornehmen, wie wir oben (§. 953.) erinnert haben, verbinden kan. Da wir aber hinzu fügen, es entstehe solche Verbindlichkeit aus einer vermuthlichen oder erdichteten Einwilligung: so ist hier zu gedencken, daß wir oben (§. 768.) bereits angemercket haben, solches sey hauptsächlich der eigentliche Unterscheid zwischen den veris und quasi contractibus, da jene ex consensu vero, diese aber ex ficto & præsumto zu erwachsen pflegen. Nun aber ist dieses ausgemacht, daß in den Rechten nichts ohne Grund erdichtet und voraus gesetzet wird; weil derjenige Gesätzgeber, welcher seine Unterthanen per fictionem als Diebe und Räuber ansehen wollte, da sie doch solche Verbrechen nicht begangen haben, gantz unerträglich fallen würde: so entstehet die Frage, was denn eigentlich zu solcher Vermuthung und fiction Anlaß gebe, und worauf sich unsere Gesätze hierbei hauptsächlich gründen? Hierauf dienet zur Antwort, daß der Grund hiervon in nichts anders als in der natürlichen Billigkeit und in den handgreiflichen Nutzen zu suchen sey. Solchemnach haben wir in dem §. 967. einige Regeln angegeben, aus welchen erhellet, wenn eher die Gesätze meine Einwilligung voraus setzen können. Die erste davon ist diese: **Jedermann williget vermuthlich in dasjenige, was ihm nützlich und heilsam ist.** Aus diesem Grunde ist ein jeder Unmündige seinem Vormunde zur Schadloshaltung verbunden, ob er gleich als ein infans niemals in die Vormundschaft ausdrücklich eingewilliget hat. Die zweite Regel lautet also: **Es ist nicht zu vermuthen, daß jemand mit des andern Schaden reicher werden wolle.** L. 14. D. *de condict. indeb.* Und dieses ist der Grund, woraus wir die Verbind-

)indlichkeit herzuleiten haben, nach welcher derjenige, der, was man ihm aus Irrthum als eine Schuld abgetragen hat, ohne Bedencken annimmt, wie)erum herausgeben müſſe. Die dritte Regel iſt dieſe: **Wer das rothergeſ)ende für genehm hält, derſelbe muß ſich auch, was nachhero daraus ent)ſtehet, gefallen laſſen.** Hierauf gründet ſich die Schuldigkeit der Gaſtwirthe, der Schiffer, der Poſtillions, Land-Kutſcher, öffentlicher Brief- und Paquet-Bothen, Fuhrleute, und derjenigen Wirthe, welche unſer Vieh beherberget und in ihre Stallung aufgenommen haben, für allen Schaden zu ſtehen, welcher bei ihm an unſerer Haabe geſchehen zu ſeyn wahrgenommen wird, L. 7. D. *Naut. caup. ſtabul. ut recepta reſt.* Nun ſcheinet zwar die zweite Regel wegen häuffiger Boßheit der meiſten Menſchen, um welcher Willen bei den Gottesgelehrten das principium herrſchet: *quilibet præſumitur malus, donec probetur contrarium*, allzu milde, und wider die Erfahrung zu ſeyn, indem man gemeiniglich ſeinen Neben-Menſchen zu bevortheilen trachtet, und folglich mit anderer Leute Schaden reicher zu werden ſuchet: allein nach der Stoiſchen Weltweißheit und Behutſamkeit, welche bei der Beſtraffung grober Verbrechen billig beobachtet werden muß, hält unſere Rechtsgelahrtheit beſtändig auf den gegentheiligen Grundſatz: *Quilibet præſumitur bonus, donec probetur contrarium*, und L. 15. D. *de conditionibus Inſtitutionum* zeiget ſo gar, es ſey nach der Sittenlehre nicht zu vermuthen, oder zu glauben, daß ein ehrlicher Mann etwas böſes vornehmen könne, in dieſen Worten: *Quæ facta lædunt pietatem, exiſtimationem, verecundiam noſtram, &, ut generaliter dixerim, contra bonos mores ſiunt: nec facere nos poſſe credendum eſt.* Was hiernächſt noch unter groſſen Rechtsgelehrten, welche keinen wahren Begriff von den Römiſchen quaſi contractibus gehabt haben, für Irrungen und Uneinigkeiten entſtanden ſind, damit wollen wir uns zur Ungebühr nicht aufhalten, ſondern unſere Zuhörer aus Liebe zur Wahrheit und redlicher Abſicht abſonderlich dafür warnen, daß ſie ſich das Anſehen groſſer und berühmter Rechtsgelehrten, deren Namen wir wegen ihrer Verdienſte jederzeit zu ſchonen gewohnet ſind, bei dem ungegründeten Vorgeben, als wenn tacitus und præſumtus conſenſus auf eines hinaus lieffe, nicht verleiten laſſen. Denn ob man gleich L. 13. D. *commodati* zur Vertheidigung ſolcher Meinung anzuführen pfleget: ſo erhellet doch aus dem gantzen Zuſammenhange, daß POMPONIVS die Benennung tacita obligatio an ſtatt præſumta gebrauchet habe, weil die Rede nicht von einem vero contractu iſt, als welcher ſich beſtändig auf conſenſum expreſſum aut tacitum gründet, L. 52. D. §. *pen. & ult. de Action. & Obligat.* ſondern eine ſolutio indebiti per errorem facta am Ende des angeführten Geſätzes gedacht wird. Nun aber iſt ſolutio indebiti ein quaſi contractus: folglich wird conſenſus allein præſumiret, und zum Voraus geſetzt, daß im obgedachten Fall, weil ein ehrlicher Mann

nicht mit des andern Schaden reicher zu werden trachte, derselbe auch nach der auf ihm haftenden quasi obligation, wovon *Pomponius L. cit.* selbst Meldung thut, auch dasjenige, was man ihm als eine vermeintliche Schuld aus Irrthum gezahlet hat, wiederum heraus geben werde.

§. 968. 969. Nachdem wir nun von der Natur und Eigenschafft der quasi contractuum zum Voraus gemeldet haben: so wenden wir uns nunmehro auch zu derselben nähern und eigentlichen Abhandlung. Es sind aber derselben an Anzahl mehrere, als hier erzehlet werden. Denn hier werden nur sechse namhaft gemachet, nemlich I) Negotiorum gestio, §. 969-974. II) Tutela, §. 975-979. III) Hereditatis communio, und IV) Rerum communio, §. 980-984. V) Hereditatis aditio, §. 985. 986. VI) Indebiti solutio, §. 987-992. Und hierin bestehet eigentlich die Abtheilung dieses Titels, davon wir jedes Stück insonderheit nunmehro vor uns nehmen, und nur noch so viel zum Voraus anmercken wollen, daß man mit dem Hrn. WESTENBERG *in Princ. Digest. h. t.* nicht dafür halten müsse, es gäbe weiter keine quasi contractus, als Keiser *Iustinianus* in *Institutionibus h. t.* namhaft gemacht habe, da unsere Zuhörer von den übrigen in dem Vortrage über die Pandekten zu seiner Zeit ein langes und breites zu vernehmen haben werden. Wir handeln demnach I) von der *Negotiorum gestione*, bei welcher gefraget wird, a) was dieselbe sey, §. 969. b) Was für eine quasi obligatio zwischen den Quasi-Contrahenten aus derselben entstehe, §. 970-974. Die erstere Frage wird per definitionem negotiorum gestionis beantwortet, und da heist es: Negotiorum gestio est quasi contractus, quo quis negotia alterius ignorantis extra iudicium utiliter gerenda sponte & gratis suscipit. Diese Erklärung nun ist nach einer ächten Erläuterung folgendes Inhalts. Nemlich wir sagen, die Verrichtung fremder Geschäffte, welche man ohne Vorwissen eines domini, oder desselben Antragung vornimmt, sey ein quasi contractus: weil es dabei an einem vero consensu ignorantis & absentis domini fehlet. Denn wäre von beiden Seiten verus consensus vorhanden: so würde derjenige, welcher eines andern Geschäffte übernimmt, nicht negotiorum gestor, sondern mandatarius oder procurator zu nennen seyn. Da wir hiernächst gesaget haben, daß eines ignorantis negotia verrichtet werden, so ist zu mercken, daß, so bald als der andere weiß, und zuläßt, daß man sich mit seinen Geschäfften vermenget, ein mandatum tacitum entstehe, weil er tacite in die Verwaltung der Geschäffte einwilliget, wovon wir oben (§. 955.) ein mehrers gehandelt haben, so bald aber der andere ein solches Vornehmen untersaget und verbietet: so sagt er sich von aller Schuldigkeit und Verbindung los, welche ihm der vermeintliche negotiorum gestor bei weiterer Fortsetzung der Geschäffte etwa aufbürden wolte. Geschähe es nun, daß jemand eines absentis negotium iudiciale über sich nähme: so würde

er,

er, laut unſerer Geſätze, nicht negotiorum geſtor, ſondern blos defenſor zu nennen ſeyn. Daher erhellet eben, aus was für Urſache nach L. 3. §. 1. D. *Negotior. geſtor.* auch eine Weibes-Perſon negotia geriren könne: da ihr doch L. 1. D. *de poſtulando*, ſich für andere in gerichtliche Geſchäffte zu mengen, keinesweges erlaubet. Ja wir ſehen auch hieraus, warum auch ſelbſt ein Unmündiger, laut L. 3. §. 4. D. *eod.* einen Abweſenden ſich durch Verwaltung deſſen Geſchäffte deſſelben verbindlich machen könne. Beiläufig mercken wir bei dieſem L. 3. §. 4. D. *eod.* was CVIACIVS *lib.* XIII. *Obſerv. cap.* 7. dabei für eine Verbeſſerung, nemlich an ſtatt Pupillus Pupilli zu leſen, den Rechtsgelehrten gar anpreiſen wollen: Allein dieſer groſſe Mann hat bei niemanden hierin Beifall gefunden. BACHOV *ad Digeſta* p. 896. SHVLTING *in Not. ad Pand. h. t.* Denn die gantze Sache kommt eigentlich darauf an, ob der Nutzen eines andern in deſſen Abweſenheit und ohne deſſen Vorbewuſt beobachtet worden ſey, oder nicht. Nun aber iſt die Vermuthung, es werde ein jeder in dasjenige ſeine Einwilligung geben, was zu ſeinem Beſten und Nutzen gereichet; es mag ihm nun eine Weibes-Perſon oder ein Unmündiger zu ſolchen Nutzen verholfen haben: folglich iſt es unnöthig, gedachte Verbeſſerung vorzunehmen. Endlich melden wir noch in der Erklärung der Negotiorum geſtionis, daß die Verwaltung fremder Geſchäffte **freiwillig und ohne Entgeld** geſchehen müſſe. Denn ſonſten würde dieſes negotium für gar nichts zu achten ſeyn, und es verdiente, weder den Namen einer locationis, noch auch eines contractus facio ut des; weil der andere weder in mercedem, noch auch in eine andere Belohnung und vermeintliche Gabe ſeine Einwilligung gegeben hat: vielweniger kan die Verrichtung des gantzen Geſchäffte auf dieſe Art negotiorum geſtio genennet werden, als welche in unſern Rechten beſtändig unter den contractibus gratuitis gefunden wird.

§. 970. 971. Aus dieſem quaſi contractu entſpringet zwiſchen den Quaſi-Contrahenten eine beiderſeitige Verbindlichkeit, von welchem zweiten Stück wir nunmehro zu handeln haben. Und zwar 1) ziehen wir aus der Verbindlichkeit des negotiorum geſtoris drei concluſiones. α) Der negotiorum geſtor iſt gemüßiget, die Verrichtung fremder Geſchäffte ohne des Abweſenden Vorewuſt mit Nutzen vorzunehmen und fortzuſetzen: denn nur auf ſolche Art wird in abſens, deſſen Geſchäffte man ohne deſſelben Vorbewuſt verwaltet, mit einer Schuldigkeit beladen. L. 10. §. 1. D. *de negotiis geſtis.* Daher iſt der abſens nicht verbunden, dem negotiorum geſtori impenſas voluptuarias zu erſetzen, auſer, wenn ſie deſſelben Stande und Berufs-Umſtänden gemäß geachtet werden können: vielweniger kommt demjenigen actio negotiorum geſtorum zu ſtatten, welcher eines andern Geſchäffte aus Eigennutz und um ſeiner eigenen Bequemlichkeit willen von freien Stücken übernommen hat, L. 6. §. 3. L. 25. & 27.

D. *de negotiis gestis.* Gesetzt aber, ich habe jemanden ohne seinen Vorbewust und in seiner Abwesenheit neuen Vortheil gestiftet; und nachgehends geschähe es, daß derselbe durch einen Unglücks-Fall zernichtet würde, es verbrennete z. E. dasjenige Gebäude, welches *Sempronio* zugehöret, und ich, weil es baufällig gewesen wäre, auf meine Kosten zu desselben Vortheil hätte ausbessern lassen, so würde *Sempronius* dessen ungeachtet zu Erstattung solcher Kosten verbunden und gehalten seyn. β) Ein negotiorum gestor ist insgemein auch gehalten, für das geringste Versehen zu stehen, L. 23. D. *de Reg. Iur.* Ursach dessen, weil er sich freiwillig zu solcher Verwaltung aufgeworfen hat. (§. 788.). Ich sage aber nicht ohne Ursache insgemein. Denn es giebt Fälle, da derselbe allein für das leichte Versehen haftet; z. E. wenn jemand ohne Vorbewust seines Mitgenossen auf die gemeinschaffliche Sache etwas hat verwenden müssen, da solche sonsten in augenscheinliches Verderben hätte gerathen können, L. 40. D. *de Negot. gest.* So kan es auch wohl geschehen, daß ein negotiorum gestor allein für die grobe Fahrläßigkeit zu Rede gestellet wird, als da er Titii Haus, welches den Einfall drohet, hätte stützen lassen, L. 3. §. 9. D. *eod.* Ja es geschiehet auch wohl, daß man bei der negotiorum gestione so gar für Unglücks-Fälle stehen muß, wenn man nemlich als ein Waagehalß ohne Noth etwas unternimmt, wodurch man jemand hinter dessen Rücken einen Vortheil zu stiften gemeinet ist, da er doch dergleichen zu wagen niemals gepfleget hat. Es bauet nemlich z. E. *Sempronius* von dem Gelde des abwesenden *Titii* demselben zum Besten ein Schiff auf, und lässet es in See gehen; solches Schiff nun gehet nachmals im Sturm zu Grunde: wie wird *Titius Sempronio* solches Danck wissen, da er sich niemals der Handlung zur See beflissen hat, L. u. D. L. 20. *Cod. de negot. gest.* γ) Ein negotiorum gestor ist gehalten, Rechnung abzulegen, und das überbliebene, nebst den Zinsen abzutragen. Dieses ist etwas hartes und sehr beschwerliches: ein freiwilliger Verwalter fremder Geschäffte soll von seiner Verwaltung Rechnung thun, und was noch besonders ist, wenn er sich des Geldes eines Abwesenden bedienet hat; so wird ihm in L. 38. D. *eod.* eine Zahlung usurarum centesimarum zuerkannt, das ist, 12. pro Cent zuerkannt. Welches aber heutiges Tages bei uns nicht statt findet, weil unsere Landes- und Reichs-Gesätze vor den Römischen Verordnungen den Vorzug haben, als nach welchen einem negotiorum gestori nicht mehr als 5. oder 6. pro Cent an abzutragenden Zinsen zuerkannt werden. Die Römischen Gesätze hat man nach der Verfassung des Römischen Staats eingerichtet, wozu insonderheit auch die Beobachtung der Calendarum in den Fastis mit zu rechnen war. Da nun der Schuldner allemal am ersten Tage eines jeden Monats seinem creditori von jedem Hundert ein Thaler an Zins abtragen muste; so machte dieses das Jahr lang 12. pro Cent. S. GERH. NOODT *de*

fœnore

fœnore & usuris lib. I. Man siehet aber hieraus, daß man einem negotiorum gestori, weil es andern Schuldnern gleichfalls so ergieng, damit keine besondere Bürde aufgeleget habe: als worüber er sich auch in unsern Landen nicht beklagen kan. Wer kan ihm helffen? Unsere Rechte pflegen denjenigen gar nicht allzu gewogen zu seyn, welche sich zu Verwaltung der Geschäffte eines andern ohne dessen Vorbewust freiwillig aufwerffen. a) Wollen wir nun die Verbindlichkeit, welche demjenigen obliget, dessen Geschäffte ohne seinen Vorbewust jemand verwaltet hat, in fünf conclusiones fassen. a) Ein solcher ist einem getreuen und sorgfältigen negotiorum gestori jedesmal viel für desselben Mühwaltung verbunden, und wenn der verbundene auch erst noch geboren werden soll. L. 29. D. *de negot. gest.* b) und noch vielmehr, wenn er auch unsinnig wäre. L. 3. §. 5. D. *eod.* c) Ja auch derjenige, in dessen Person sich der negotiorum gestor geirret hat, z. E. er gedencket *Gerard Titii* negotia zu verwalten, und verrichtet die Geschäfte *Caii Titii*, L. 5. §. 1. D. *eod.* Die Ursache hiervon ist diese, weil zu diesem Contrakt kein verus consensus erfordert wird, und ein jeder zufrieden seyn kan, wenn man ihm hinter dessen Rücken Nutzen gestiftet hat, folglich ist gar nicht zu zweifeln, daß man in diesem Geschäffte das Beste eines Unsinnigen, eines Ungebornen, wie auch eines Unbekannten, ohne desselben Vorbewust besorgen könne. d) Es höret auch solche Schuldigkeit keinesweges auf, wenn der Nutzen gleich durch Unglücks-Fälle zu Wasser worden wäre. L. 10. §. 1. L. 12. §. 2. D. *eod.* Wenn ich dahero *Iavoleni* Haus habe ausbessern lassen; so muß er mir die aufgewandte Kosten wieder erstatten, wenn auch das Haus nachhero von einer Feuers-Brunst ergriffen und verzehret worden wäre. Die Ursache hiervon ist diese, daß man ordentlicher Weise in contractibus vor keinen Unglücks-Fall zu stehen verbunden ist, wo man nicht etwa durch Verabredung solche ausserordentliche Schuldigkeit auf sich genommen hätte. e) Ein negotiorum gestor muß von dem Abwesenden schadlos gehalten werden. L. 2. L. 27. D. *eod.* Der Grund hiervon wird in der zweiten Regel §. 967. angegeben, weil nemlich die Rechte niemals vermuthen, daß ein ehrlicher Mann mit des andern Schaden reicher werden wolle. Nun aber hat der negotiorum gestor zu des absentis Nutzen Kosten aufgewendet: folglich muß ihm jener selbige von Rechts wegen erstatten.

§. 972-974. Wir sehen nunmehro 3) noch mit wenigem, was für Klagen eigentlich aus diesem quasi contractu entstehen. Ob wir nun gleich alhier mit einem quasi contractu zu thun haben; so ist doch derselbe ein contractus nominatus: folglich erhalten die daraus entspringenden Klagen von ihm die Benennung, und heissen actiones negotiorum gestorum. Die eine heißt directa, die andere contraria. Jene ist personalis, weil sie sich auf einen Contrakt gründet. Sie ist civilis und nicht prætoria, immassen sie aus dem iure civili, keineswe-

ges aber aus dem iure prætorio hergeleitet wird. Und endlich ist sie auch, gleichwie die contraria nach §. 28. *Inst. de actionibus*, bonæ fidei. Es wird aber dieselbe von dem absenti domino gegen den negotiorum gestorem zu dem Ende angestellet, daß dieser von seiner Verwaltung Rechnung thun, den verursachten Schaden ersetzen, was er noch in Händen hat, herausgeben, und alles dasjenige, wozu ein negotiorum gestor obgedachter maassen (§. 970.) verbunden ist, leisten solle. Actionem negotiorum gestorum contrariam aber gebrauchet der negotiorum gestor gegen den abwesenden dominum, um von demselben schadlos gehalten zu werden, das ist, nicht allein impensas necessarias und utiles wieder zu bekommen, L. 2. L. 27. L. 45. D. *de negot. gest.* sondern auch die usuras von demjenigen Gelde zu erlangen, welches er für den Abwesenden auf den Nutzen desselben verwendet hat. L. 19. §. 4. D. L. 18. *Cod. de negot. gest.* Was endlich noch die drei Fälle betrift, da diese Klage nicht statt findet, so beziehen wir uns bei dem erstern, da ein negotiorum gestor das negotium nicht utiliter geriret hat, um nicht weitläuftig zu seyn, auf dasjenige, was wir bei dem vorhergehenden §. 970. gemeldet haben. Bei dem zweiten Fall aber, da der absens erfähret, was der negotiorum gestor hinter seinen Rücken vorgenommen hat, so eröffnet er demselben dieserwegen sein Mißfallen annoch zu rechter Zeit, und verbietet ihm die Fortsetzung des negotii, mercken wir, daß der negotiorum gestor, wenn er siehet, daß durch seine Mitwaltung des Landes allgemeiner Nutzen gestiftet werden kan, und also des absentis Verbot demselben schnurstracks zuwider läufft, sich daran nicht zu kehren habe, sondern in seinem Vornehmen fortfahren, und nach vollbrachtem Geschäffte, da sich jener die Kosten zu erstatten weigert, gedachte Klage allerdings wider ihn gebrauchen könne. Wegen des dritten Falls ist noch anzumercken, daß in unsern Rechten ausser der Mutter und Groß-Mutter niemand angegeben werde, von welchem man die Vermuthung haben könne, daß eine negotiorum gestio ex pietate vel animo donandi vollbracht worden sey: weil geglaubet wird, daß ein jeder das seine gerne zu rathe halte, und keinesweges verschläudern wolle. L. 34. D. *h. t.* So wird daher nicht vermuthet, daß ein Ehemann seiner Ehefrauen negotia animo donandi auf seine Kosten verwaltet habe, so gar, daß derselbe auch die zu Erlangung der Mitgift gemachte Kosten, ja auch den Aufwand bei ihrem Begräbnis wieder zu fordern befugt ist. Jedoch das wegen ihrer Kranckheit ausgegebene Geld kan er nur alsdenn wieder fordern, wenn er sich ausdrücklich dabei durch eine Protestation vorgesehen hat, daß er sich nicht animo donandi zu solcher Ausgabe entschliesse, L. 13. *Cod. de negot. gest.*

§. 975. Wir wenden uns hierauf II) zu dem zweiten Quasi-Contrakt, nemlich zu der **Vormundschafft**. Diese ist nun auf unterschiedene Weise zu betrachten. Denn ratione reipublicæ ist das Amt eines Vormundes ein mu-

nus

nus publicum, aber ratione pupilli eine qualitas hominum sui iuris, als welche entweder unter einem tutori, oder curatori, oder auch wohl unter keines von beiden Bothmäßigkeit stehen (§. 201.). Hier haben wir mit einem Unmündigen zu thun, welcher wircklich einen Vormund über sich hat. Solchemnach erwegen wir die Schuldigkeit, welche sich zwischen dem Vormunde und Unmündigen findet, und die aus einem quasi contractu erwächset, §. 2. *Inst. h. t.* In diesem Verstande ist demnach die Vormundschafft ein quasi contractus, wodurch ein Vormund verbunden wird, für des Unmündigen Haabseligkeiten Sorge zu tragen, wie auch von seiner Verwaltung Rechnung zu thun, und bei allem genaue Sorgfalt anzuwenden, dahin wiederum der Unmündige den Vormund schadlos zu halten schuldig ist. Es ist also die tutela ein quasi contractus, weil die Einwilligung auf Seiten des Unmündigen wegen der im §. 967. gegebenen ersten Regel, nach welcher ein jedweder in dasjenige einzuwilligen vermuthet wird, was ihm Nutzen bringet, nur zu vermuthen ist, und er also mit dem Vormunde weder tacite, noch expresse contrahiret hat. L. *ult.* D. *rem pup. salv. fore.*

§. 976-979. Die Klagen, welche aus diesem quasi contractu entspringen, haben mit demselben, weil er ein contractus nominatus ist, wiederum gleiche Benennung, und heissen actiones tutelæ, davon wiederum eine directa, eine contraria ist. Actio tutelæ directa gehöret nach geendigter Vormundschafft dem Unmündigen gegen seinen Vormund, um ihn wegen geführter Vormundschafft zur Rechenschafft anzuhalten, und zu Ersetzung des Schadens anzustrengen. Ist aber der Vormund nicht mehr vorhanden, so stellet der Unmündige solche Klage wider dessen Erben an, doch mit diesem Unterschied, daß diese nur zur Ersetzung desjenigen Schaden, den der Vormund durch seine grobe Fahrläßigkeit hat geschehen lassen, angehalten werden könne, da dieser hergegen auch für ein jedes leichtes Versehen stehen muß, L. 1. *prine.* D. *de tut. & rat. distr.* Hierin unterscheidet sich diese Klage von der actione de suspectis tutoribus, welche auch währender Vormundschafft statt findet, binnen welcher Zeit ein Unmündiger personam standi in iudicio keinesweges hat, und mithin actionem tutelæ vor Endigung der Vormundschafft nicht anstellen kan. Dagegen stehet dem Vormunde wider den Unmündigen bei dem Schluß der Vormundschafft die actio tutelæ contraria zu, vermittelst welcher er, wenn er sein Amt als diligens pater familias verwaltet hat, demselben die aufgewandte Kosten abfordert, und zu gäntzlicher Schadloshaltung anhalten läst, L. 1. *prine.* D. *de contrar. tut. & util. act.* Hierbei könten wir es bewenden lassen: wir müssen aber noch zwei Stück hinzufügen, 1) daß diese Klagen, wenn sie von einem minore wider den curatorem, oder im Gegentheil von dem curatore gegen den minorem angestellet werden, in unsern Rechten actiones tutelæ utiles,

heissen.

heissen. Denn so werden alle diejenigen Klagen genennet, welche man gleichsam ex interpretatione prudentum von demjenigen erborget und gebrauchet, der sie eigentlich von den Gesätzen überkommen hat. 2) Muß man diese Klage nicht mit der actione de suspectis tutoribus & de distrahendis rationibus, wie wir bereits gemeldet haben, vermengen. Denn α) entstehet actio tutelæ aus einem quasi contractu, die andern beide aber ex delicto. β) Die actio tutelæ wird allein nach geschlossener Vormundschaft veranstaltet, dahergegen actio de suspectis tutoribus bei annoch dauernder Vormundschafft, und die actio de distrahendis rationibus nach abgelegter Rechnung, wenn der Vormund etwas entwendet hat, angestellet werden kan. γ) Die actio tutelæ endlich gehet dahin, daß ein Vormund zur Rechenschafft gefordert würde; actio de suspectis tutoribus aber gehet auf die Entsetzung eines liederlichen und ungetreuen Vormundes: und actio de distrahendis rationibus strenget den Vormund zur doppelten Ersetzung desjenigen an, was er sich etwa widerrechtlicher Weise zugeeignet, oder diebischer Weise entwendet hat. Alle drei Klagen aber machen einen Vormund infam, und verlieret er nicht nur seinen guten Namen, sondern gehet auch derer damit verknüpften Gerechtsamen verlustig, wenn er nemlich wegen seiner augenscheinlichen vorsetzlichen Bosheit ohne Reservirung seines guten Leimundes von dem Richter verurtheilet wird, und wirklich den Proceß verlieret.

§. 980, 984. Es folget III) *hereditas* und IV) *rerum communio*, welche nach §. 3. und 4. *Inst. h. t.* den dritten und vierten Quasi-Contrakt ausmacht, aber nur ratione administrationis: weil ein administrator hereditatis & rerum communium gleichsam durch einen Quasi-Contrakt sich obligirt zu haben scheinet, daß er alles, was gemeinschafftlich ist, unter die Miterben und Socios redlich theilen, und Rechnung von seiner Verwaltung thun wolle, doch mit dem Vorbehalt, daß ihm diese hinwiederum für alle præstationes personales stehen müssen. Eigentlich aber zu sagen ist hereditas und communio ein ius in re, nemlich ein gemeinschafftliches Erb-Recht und ein gemeinschafftliches Eigenthums-Recht. So bald aber jemand gemeinschafftliche Sachen in Verwaltung nimmt, entstehet gedachter quasi contractus. Denn wer seine Einwilligung in das vorhergehende giebet, der scheinet auch das folgende zu billigen. Wer hiernächst die Verwaltung einer Erbschafft oder gemeinschafftlichen Sache für genehm hält, von dem vermuthet man auch die Schadloshaltung des administratoris, weil niemand mit des andern Schaden reicher zu werden das Ansehen hat (§. 967. II.). Aus der Verwaltung einer gemeinschafftlichen Erbschafft entstehet die actio familiæ erciscundæ, welche Benennung von den LL. XII. *Tabb.* herrühret, als worinnen wir lesen: *Nomina ercta cita sunto.* Unter welchen das Wort *ercta* eben so viel, als totus, integer, individuus bedeutet. Nächst

dem

dem kommt das Wort *cita* von ciere, d. i. dividere. Da nun beide ein Wort ausmachen, nemlich erciſcere, ſo bedeutet ſolches eben ſo viel, als totum dividere, das iſt ein gantzes, welches aus vielen Stücken beſtehet, vertheilen. Das in den LL. XII. *Tabb.* dabei ſtehende Wort *familia* heißt ſo viel als hereditas. Und wenn man die gantze Redens-Art erweget, ſo kan ſie uns nicht ſo lächerlich, wie SALMASIO *in Exercit. Plin.* p. 1262. vorkommen, ſondern ſie iſt der Bedeutung nach gantz richtig, indem familiam erciſcere eben ſo viel ſagen will, als hereditatem totam ac indiviſam dividere, eine noch gemeinſchafftliche und ungetheilte Erbſchafft zertheilen. Siehe unſere *Antiquitates Rom. Lib.* III. *Tit.* XXVIII. §. 7. Dieſe Klage ſtellet ein Miterbe wider den andern an, zu dem Ende, daß die gemeinſchafftliche Erbſchafft unter ſie getheilet, und alle verurſachte Koſten nebſt Erſetzung des Schadens gut gethan werden ſollen. Hieraus erhellet, 1) daß dieſe Klage von der hereditatis petitione unterſchieden ſey: weil man ſolche nicht wider einen Miterben, ſondern gegen einen unrechtmäßigen Beſitzer anſtellet, und damit nicht auf die Theilung, ſondern auf die Herausgabe der Erbſchaft zu dringen gemeinet iſt. 2) Daß dieſe Klage theils ex iure in re, theils ex iure ad rem herrühre, und alſo mixtæ naturæ ſey. Denn ſie gründet ſich auf ein ius hereditarium, weil ich als ein Miterbe mein Erbſchaffts-Theil fordere, theils aber auch auf ein ius ad rem, und alſo auf einen quaſi contractum ratione præſtationum perſonalium, ob gleich der Herr WESTENBERG damit nicht übereinſtimmet. Was die Theilung einer Erbſchafft anbelanget, ſo haben wir §. 982. die Art und Weiſe derſelben in einigen Regeln gewieſen, welche wir nunmehro betrachten wollen. 1) Die Schulden ſind ſchon kraft Rechtens getheilet, demnach braucht es keiner abermahligen Theilung derſelben. Geſetzt alſo, der Verſtorbene iſt 3000. Thaler ſchuldig geweſen, und hat drei Erben hinterlaſſen: ſo kan ein jeder Erbe ipſo iure wegen 1000. Thal. belanget werden. Wenn auch jemand dem Verſtorbenen 6000. Thaler ſchuldig geweſen iſt, und es ſind drei Erben vorhanden, ſo ſtehet einem jeden eine Klage wegen 2000. Thaler kraft Rechtens zu. L. 2. §. *ult.* L. 4. *princ.* L. 25. §. 1. D. L. 6. *Cod. Fam. Erciſc.* 2) Diejenigen Sachen, deren man ſich nicht gebrauchen darf, z. E. verbotene Bücher, kommen nicht mit in die Theilung, und muß ein Richter in ſolchem Fall behutſam verfahren, L. 4. §. 1. 2. D. *eod.* 3) Gemeinſchafftliche Urkunden, als Archive, Diplomata, und andere dergleichen Schrifften, werden nicht getheilet, ſondern ſie werden demjenigen, welcher der Aelteſte unter den Erben iſt, oder den gröſten Theil von der Erbſchafft überkommt, oder auch der Kirche, desgleichen dem Rath-Hauſe zur Verwahrung übergeben, nachdem ein jeglicher Erbe eine Copei oder Abſchrift davon überkommen hat, L. 5. D. *eod.* 4) Wenn eine Sache nicht füglich getheilet werden kan: ſo ſchläget der Richter einem dieſelbe

gantz zu, legt ihm aber auf, ſo viel heraus zu geben, als an der Sache nach taxirtem Werth einem jeden von den Miterben zukommt, §. 4. *Inſt. de offic. iud.* Eine ſolche Bewandnis hat es mit der actione familiæ erciſcundæ: und gleichergeſtalt verfähret man auch bei der actione communi dividundo. Wie aber dieſe Klage von jener unterſchieden ſey, ſolches wollen wir noch mit wenigem zeigen. 1) Die actio familiæ erciſcundæ iſt univerſalis; denn ſie gehet auf alle Stücke der Erbſchafft: hergegen actio communi dividundo iſt ſingularis. 2) Jene entſpringet aus der Verwaltung einer gemeinſchafftlichen Erbſchafft; dieſe aber aus der Verwaltung einer gemeinſchafftlichen Sache, z. E. wegen eines gemeinſchafftlichen Grundſtücks, das man zu theilen gemeinet iſt. 3) Jene wird wider den Miterben, dieſe gegen den gemeinſchafftlichen Eigenthums-Herrn angeſtellet. Beide Klagen aber kommen darin mit einander überein, daß ſie mixtæ, d. i. ſo wol reales als perſonales ſeynd; ferner, daß ſie duplices genennet werden, weil bei einer, wie bei der andern der Kläger auch Beklagter ſeyn kan: und endlich, daß in beiden Klagen einer von dem andern nur præſtationem damni culpa levi in concredo dati zu fodern berechtiget iſt, L. 25. §. 16. D. *Fam. Erciſc.* Den Grund hiervon haben wir oben (§. 947.) vernommen.

§. 985. 986. Wir wenden uns V) zu der **Antretung einer Erbſchafft**, welche in der Ordnung den fünften quaſi Contrakt ausmacht. Wie aber ſolche geſchehen müſſe, das haben wir oben (§. 592.) hinlänglich gezeiget. Hier mercken wir noch, daß ein Erbe, der eine ihm zugefallene Erbſchafft antritt, nicht anders angeſehen werde, als hätte er mit den legatariis und fideicommiſſariis contrahiret, und ſich denſelben zur Herausgabe der Vermächtniſſe und fideicommiſſorum dadurch verbunden, §. 3 *Inſt. h. t.* L. 5. §. 2. *de Oblig. & Action.* Wenn wir aber ſagen, daß einer, der eine Erbſchafft antritt, ſich den legatariis und fideicommiſſariis verbinde; ſo wird gefraget: ob er ſich nicht auch auf gleiche Weiſe des Verſtorbenen Gläubigern verbinde? Hierauf dienet zur Antwort: Keinesweges. Denn die Befriedigung derſelben hat mit dem quaſi contractu der Antretung einer Erbſchafft nichts zu thun. Sie können aber nunmehro auf einen ſolchen Erben los gehen: allein ſie müſſen diejenige Klage ergreifen, welche ihnen aus dem mit dem Verſtorbenen eingegangenen contractu zukommt. Geſetzt nun, der Verſtorbene iſt *Titio* ein Darlehn von 1000. Thaler ſchuldig: ſo gehet dieſer den Erben nunmehro mit der condictione certi ex mutuo zu Halſe. Wäre der Verſtorbene aber jemanden ex ſtipulatu etwas ſchuldig geworden; ſo hätte man wider den Erben condictionem ex ſtipulatu anzuſtellen, keinesweges aber actionem ex quaſi contractu vorzunehmen: weil ein Erbe durch Antretung der Erbſchafft in alle des Verſtorbenen Gerechtſame und Verbindlichkeiten getreten iſt. L. 2. §. 2. D. *de Verbor. Oblig.*

L. 59.

L. 59. D. *de Reg. Iur.* Weil demnach die Antretung einer Erbschafft ein quasi contractus ist: so müssen wir auch hören, was für eine Klage aus demselben eigentlich entstehe. Man nennet dieselbe actionem personalem ex testamento, und gestattet sie den legatariis, fideicommissariis, und einem jeden, dem der Erbe laut des Testaments etwas abzutragen verbunden ist. Man klaget hiermit wider denjenigen Erben, welcher die Erbschafft wircklich angetreten hat, wenn er nemlich ein extraneus ist: als welcher nicht wie heres suus und necessarius vor Antritt der Erbschafft für einen Erben angesehen wird. Sie wird zu dem Ende angestellet, daß der Erbe die legata und fideicommissa, wie auch alles, was im Testament von dem Verstorbenen ausser dem Theile des Erben jemanden hinterlassen worden, mit allen Nutzungen und Zubehör sint der Säumungs Zeit abzutragen und auszuzahlen schuldig sey. §. 5. *Inst. h. t.* Beiläuffig ist noch zu mercken, daß ungeachtet sich sonst zwischen der Antretung einer Erbschafft und der pro herede gestione ein mercklicher Unterscheid findet, (§. 592.) hier dennoch, was diese Klage anlanget, nichts daran gelegen sey, ob jemand adeundo, oder pro herede gerendo zum wircklichen Erben worden ist.

§. 987. Nun kommt VI) der letzte quasi contractus, welchen man *solutionem indebiti* nennet, und wovon wir alhier etwas mehrers zu vernehmen haben werden. Wir erörtern drei Fragen: 1) Was eine indebiti solutio sey? §. 987. 2) Wenn eher man das Ausgezahlte, was man nicht schuldig gewesen ist, wieder fordern könne? §. 988-990. 3) Was für eine Klage man desfalls zu gebrauchen habe? §. 991. 992. Was nun 1) die Erörterung der ersten Frage betrifft, so ist indebiti solutio ein quasi contractus, quo quis ex errore facti id, quod naturaliter indebitum est, solvendo, alterum, qui ex ignorantia accepit, ad restitutionem obligasse censetur. Wir sagen, indebiti solutio sey ein quasi contractus: und in Wahrheit, wie *Iustinianus* selbst §. 6. *Inst. h. t.* gar artig angemercket hat, so gehet derjenige, welcher ex errore facti etwas, das er nicht schuldig ist, bezahlet, nicht darauf um, daß er einen Contrakt mache, sondern denselben aufhebe. Jedoch weil es der Billigkeit nicht gemäß ist, mit eines andern Schaden reicher zu werden: (§. 967. n. 2.) so verbindet sich der auf solche Weise bezahlte, die geschehene Zahlung wiederum zurück zu geben, als ob er das Geld zum Darlehn überkommen hätte, §. 1. *Inst. quib. mod. re contrab. oblig.* Der fernere Inhalt der Erklärung zeiget, auf was Art und Weise die Zurückforderung einer unverschuldeten Bezahlung statt habe, und wir handeln hiervon in den folgenden §§phis.

§ 988-990. Denn wenn wir 2) die Frage aufwerffen, wenn eher die Zurückforderung einer unverschuldeten Zahlung statt finde? so wird erfordert, α) daß der solvens aus Unwissenheit, was er nicht schuldig gewesen ist, gezahlet habe; β) daß er dasjenige nicht schuldig gewesen sey, was er gezahlet

hat, und γ) daß der Bezahlte solches ebenfalls aus Unwissenheit angenommen habe. Erstlich wird erfordert, daß der solvens etwas aus Unwissenheit abgezahlet habe. Denn wer wissentlich an jemand etwas auszahlet, ohne Vorsatz, eine Schuld auf solche Weise zu tilgen, von dem vermuthen unsere Rechte nach L. 1. §. 1. *de condictione indebiti*, er habe dem Bezahlten damit eine Schenckung machen wollen. Gleichwie nun aber eine ignorantia entweder iuris oder facti seyn muß: also kan sich auch derjenige, welcher eine unverschuldete Zahlung wieder fordern will, bei Vorschützung der ignorantiæ iuris etwas wieder zu erhalten durchaus keine Hoffnung machen, L. 10. *Cod.* L. 9. *princ.* D. *de iuris & facti ignorantia*, L. 6. L. 7. *Cod. de condict. indeb.* L. 9. *Cod. ad L. Falcidiam*, ausser wenn der Kläger eine solche Person vorstellt, welcher in den Rechten unerfahren zu seyn erlaubt ist, als etwa die Minderjährige, die Weibs-Personen, Soldaten, Landleute, u. d. gl. nach unsern Rechten selbst zu seyn pflegen, L. 9. D. L. *ult. Cod. de iuris & facti ignorantia.* Wenn demnach z. E. ein filius familias das an seinen Gläubiger ausgezahlte Capital wieder fordern würde, weil er eidlich darthun könte, er habe nichts von der rechtlichen Wohlthat des *SCti Macedoniani* gewußt: so hätte er sich etwas wieder zu bekommen schlechte Hoffnung zu machen. Denn darinn bestehet eine sonderliche Rache unserer Rechte gegen alle diejenigen, welche sie aus Verachtung vernachläßigen, daß sie keinen Beistand leisten, welcher sich um sie nicht bekümmert hat, und in ihren Gesätzen ein Fremdling ist. Da aber solche entweder der natürlichen oder Bürgerlichen Rechtsgelahrtheit zugeschrieben werden können; so ist zu wissen, daß ignorantia iuris naturalis niemanden zu statten komme, und ignorantia iuris civilis von obgedachter strengen Rache nur die gemeldeten Personen frei spreche. Man muß solchemnach das natürliche Recht vornemlich deswegen verstehen, weil es uns durch seine Gesätze, als Menschen, an alle diejenigen Schuldigkeiten und Pflichten verbindet, wodurch wir unsere Glückseeligkeit befördern, unser Unglück aber vornemlich und eintzig und allein durch göttlichen Beistand verhüten können. Wobei leicht zu sehen, wie viel es deswegen bei uns auf eine vernünftige Erziehung, die mit einem gründlichen Unterricht vergesellschafftet ist, ankommen müsse. Nächst dem ist uns die Wissenschafft iuris civilis als Mitgliedern eines Staats vornemlich deswegen nöthig, weil uns das bestimmte und bürgerliche Recht diejenigen Obliegenheiten zeiget, durch welche wir uns dem allgemeinen Entzweck unserer Landesleute und Mitbürger gemäß bezeigen, und innerhalb unsern Gräntzen in Stadt und Land ruhig, sicher und bequem leben können. Und da dieses durch öffentlich kund gemachte Gesätze in dem Staate von der Regierung bekannt gemacht wird, damit sich ein jeder darnach zu achten habe, und vor Ungelegenheit hüten könne: so hat sich auch kein Mitglied mit der Unwissenheit der bürgerlichen

chen Gesätze, die in seinem Vaterlande gäng und gäbe sind, zu entschuldigen Ursache, weil es auf solche Art, da Landes-Ordnungen und Stadt-Wülkühre nicht heimlich gehalten werden, wie bei den Römern, also auch bei uns heisset: *Turpe est civi ignorare ius.* Die Römische Republic beschämet dahero unsere Teutsche Landes-Verfassungen, da sie ihre sämmtliche Jugend von Kindheit auf in der Rechtswissenschafft unterrichten ließ, und jedermann den Zutritt in die Gerichte verstattete, als welche man zu dem Ende auf öffentlichen Platz unter freiem Himmel, gleichwie bei unsern Vorfahren, zu hegen pflegte: um so viel mehr hatte ein Richter zu Rom die Befugnis, vermöge des bestimmten Rechts, die Unwissenheit der Römischen Rechte an Römischen Bürgern zu bestraffen, weil es ihre eigene grobe Fahrläßigkeit verursachet hatte, daß ihnen das bürgerliche Gesätz bei so heilsamer Veranstaltung und Ordnung nicht besser bekannt worden war. Mit was vor einem guten Gewissen aber man in einem Reiche und Lande, in welchem dergleichen Verfassung wegen des geringen Einkommens, daß man ex locatione conductione iurisdictionis zu ziehen pfleget, nicht zu finden ist, dergleichen thue, solches lassen wir dahin gestellet seyn. So viel ist bei dem allen leicht zu erachten, daß die sehnlich verlangte Besserung des Justitzwesens beinahe zu Stande kommen würde, wenn man auch nur einem heidnischen Volcke hierin nachfolgen wolte. Siehe unsere *dissertation de locatione & conductione iurisdictionis.* Dieses war von der ignorantia iuris: wir eilen nunmehr zu der ignorantia facti, welche vernünftiger Weise, da kein Mensch allwissend ist, vermögend seyn muß, denjenigen zu entschuldigen, und von aller Straffe frei zu sprechen, welcher eine Schuld hat bezahlen wollen, die seiner Meinung nach noch nicht abgetragen gewesen ist. So kan mir auch die Irrung in der Person nicht nachtheilig seyn: wenn ich z. E. Vollmacht erhalten habe, im Namen eines andern eine Summe Geldes an *Sempronium* auszuzahlen, ohne daß mir gemeldet wird, daß noch ein Sempronius allhier wohne, welcher mit dem gemeinten gleichen Beinamen führet, mir aber nicht bekannt ist, und ich dadurch verleitet werde, daß ich aus solcher Unwissenheit die Zahlung an den Unrechten leiste. Denn nach L. 65. §. *ult.* D. *de Condit. & demonstr.* stehe ich in der Befugnis, gedachtes Geld allemal wieder zurück zu fordern. Wir wenden uns zweitens zu der geschehenen Bezahlung, bei welcher das requisitum seyn muß, daß sie als ein *indebitum* anzusehen ist. Hierbei nun ist zu wissen, daß eine unverschuldete Zahlung in unsern Rechten aus dreierlei Ursachen indebitum genennet werde, α) weil ich dieselbe zwar nach den natürlichen Gesätzen, aber nicht nach dem iure civili schuldig gewesen bin. β) Weil ich die Schuld zwar nach bürgerlichem Recht, keinesweges aber de iure naturæ abzutragen schuldig war, und γ) weil mich keines von beiden Rechten zu der geschehenen Bezahlung verbunden hat. Was ich nun im ersteren

ſteren Fall nach dem Geſätz der Natur zu bezahlen ſchuldig geweſen bin, und wircklich bezahlet habe, daſſelbe bin ich auf keine Weiſe wieder zu fordern befugt: aber in den beiden letztern Fällen vergönnen mir die Rechte das indebitum von der abgezahlten Perſon wieder zu heiſchen. Ein Beiſpiel vom erſtern casu findet ſich in L. 40. D. *de condict. indeb.* und L. 10. D. *ad SCtum Macedon.* da ein filius familias ein geliehenes Stück Geldes bezahlet hat, welches er zwar wegen des *SCti Macedoniani* nach bürgerlichen Rechten keinesweges, wohl aber nach dem Geſätz der Natur ſchuldig geweſen iſt. So iſt man im zweiten Fall dasjenige, was man ex metu zu zahlen verſprochen hat, nach dem iure civili allerdings abzutragen ſchuldig, ob uns gleich die Billigkeit des natürlichen Rechts davon frei ſpricht, L. 26. §. 3. 7. L. 40. L. 45. L. 56. D. *de condict. indeb.* Denn nach dem iure civili heißt es: coacta voluntas etiam eſt voluntas, L. 21. §. 5. D. *quod met. cauſſa*, weil nach der Stoiſchen Weltweißheit conſtantia animi humani bei allen fürchterlichen und ſchrecklichen Fällen unbeweglich ſeyn müſſe, ſo, daß derjenige, welcher ſich durch Furcht zu einem Verſprechen hätte verleiten laſſen, ſein Wort aus freiem Willkühr und nicht aus Zwang von ſich gegeben zu haben ſcheinen müßte, und alſo daſſelbe zu halten ſchuldig ſey. Jedoch, weil die Rechtsgelehrten alhier einen alzu ſtrengen Satz der Stoiſchen Weltweißheit in ihre Rechts-Lehren hatten mit einflieſſen laſſen, welcher wegen des Mißbrauchs der Ruhe eines Staats einen groſſen Stoß geben konnte: ſo wurden die Prætores veranlaſſet, hierin nachhero eine Aenderung zu treffen, L. 1. D. *quod metus cauſſa.* S. unſere Pandekten L. 1. §. 467. wie auch LIPSII *Introduct. ad Philoſ. Stoic.* und GVNDLING *de efficientia metus in ſtatu naturali & civili*, überhaupt verdienen hiervon nachgeleſen zu werden GROTIVS *de iure belli & pacis, cap.* II. §. 7. und PVFENDORF *de iure naturæ & gentium lib.* III. *cap.* VI. §. 12. Endlich noch vom dritten Fall ein Beiſpiel zu geben, da man weder naturaliter noch civiliter verbunden iſt, eine Schuld abzutragen, ſo kan es ſich zutragen, daß ein creditor aus Verſehen, da er eine Schuldpoſt von meinem verſtorbenen Vater zwar bezahlt bekommen, aber in dem Schuld-Buche ſolches nicht angemercket hat, mich, als den Erben, zum Abtrag der väterlichen Schuld anmahnet, und ich aus Unwiſſenheit die bereits von meinem Vater bezahlte Schuld noch einmal abzutragen bewegen laſſe, weil ſich aber nachhero des creditoris Quittung über die bezahlte Poſt ohngefehr findet, ſo habe ich das Recht, weil der vermeinte creditor mir das Geld wieder heraus zu geben ſchuldig iſt, ſolche unverſchuldete Bezahlung ihm wiederum abzufordern. Das dritte requiſitum, welches ratione indebiti bei dem accipiente in Betrachtung kommt, iſt ebenfalls ignorantia, das iſt, es muß der accipiens wirklich in den Gedancken ſtehen, daß er die Zahlung anzunehmen wohl befugt ſey. Denn hat er wohl gewuſt, daß man ihm nichts ſchuldig ſey, und deſſen ungeachtet

achtet die Zahlung angenommen, ohne sich, solche wieder heraus zu geben, zu entschliessen: so wird er in den Rechten als ein Dieb angesehen, folglich kan man ihn allezeit ope condictionis furtivæ zu Ersetzung solches Gelds anhalten lassen, L. 18. D. *de condictione furtiva*, L. 38. §. 1. D. *de Solut.* Hierbei wendet zwar VINNIVS in seinem *Commentario ad Institut. h. t. n. 1.* dieses ein, daß sich der accipiens nicht invito domino an einer fremden Sache vergreiffe: mithin könne er nicht als ein Dieb gehalten und belanget werden. Allein hierauf ist leicht zu antworten. Denn in L. 43. *princ.* D. *de furtis* stehet ausdrücklich: *Falsus creditor, hoc est, is qui simulat creditorem, si quid acceperit, furtum facit: nec nummi eius fient.* Allwo die Worte, *qui se simulat creditorem*, ausser Zweifel von dem Fall zu verstehen sind, da der falsus creditor die Kühnheit begehet, den vermeintlichen debitorem zu mahnen, und dadurch denselben zur Bezahlung so empfindlich anzuhalten, daß er als ein ehrliebender Mann wider seinen Willen wircklich dazu genöthiget wird. Wird nun solchergestalt nicht res aliena invito domino contrectiret, und also nicht ein wircklicher Diebstahl begangen, ob gleich die Weise zu stehlen von der groben Art unterschieden ist: zumal da der vermeintliche creditor das gäntzliche Vornehmen lucri faciendi gratia angestellet hat? Hierbei aber hat man sich so viel zu bescheiden, daß man einem creditori wegen eines so feinen Diebstahls nicht so grob begegnen müsse, da man sonst einen Dieb mit der actione furti auf das duplum und quadruplum zu belangen befugt ist, daß man ihn deswegen, weil diese Klage infamiret, L. 6. §. 1. D. *de his, qui notantur infamia*, solchergestalt in einen ehr- und rechtlosen Stand setzen wolle. Denn fama hominum non temere iactanda est.

§. 991. 992. Es ist 3) noch übrig zu sehen, vermittelst welcher Klage man das indebitum wieder fordern könne. Solche wird condictio indebiti genannt, und stehet demjenigen zu, welcher unverschuldeter Weise eine Post ex errore facti bezahlet hat, worzu er doch nach dem Recht der Natur nicht verbunden gewesen ist. Er stellet sie wider den accipientem, der sich ex errore vel ignorantia das Geld hat bezahlen lassen, oder auch wider dessen Erben an, und zwar zu dem Ende, daß ihm die Zahlung cum fructibus & accessionibus wieder ersetzet werde. Aus der Erklärung dieser Klage schliessen wir folgendes: a) daß der accipiens einzig und allein obligiret sey, und sich mithin hier ein contractus unilateralis, der stricti iuris ist, ereigne. (§. 787.) b) Daß man die Zinsen vermittelst dieser condiction nicht einklagen könne: weil contractus stricti iuris solches nicht eher zulassen, als wenn man die Zinsen wirklich versprochen, (§. 787. in schol.) L. 1. Cod. *de condict. indeb.* c) Daß man diese condiction mit andern condictionibus, nemlich caussa data caussa non sequuta, desgleichen ob turpem caussam, wie auch sine caussa nicht vermengen müsse. Der Unterscheid bestehet darin: man hat etwas entweder ob caussam præteritam, oder ob caus-

sam

sum futuram abgetragen; ist solches ob præteritam geschehen, so gebrauchet man condictionem indebiti. Allein ob futuram caussam ist zu erwegen, ob die caussa honesta, oder auf Seiten des accipientis turpis sey. Im erstern Fall muß allein condictio caussa data, caussa non sequuta statt finden, z. E. wenn eine Jungfrau dem Bräutigam ihre Mitgifft überantwortet hätte, er aber hätte sich entschlossen, sie nunmehro nicht zur Ehe zu nehmen. Andernfalls aber kan ich conductionem ob turpem caussam ergreiffen, wenn z. E ein Räuber Geld von mir bekommen hätte, damit er meines Lebens schonete. Endlich wenn jemand etwas von meinen Sachen widerrechtlicher Weise in Besitz hat, und ich gar keine von diesen Condictionen anstellen kan: so ist condictio sine caussa vorhanden, welche insonderheit statt findet, wenn jemand meine Obligation noch in Händen hat, da ich doch die Schuld bereits bezahlet habe. Ein mehrers hiervon wird in den Pandekten *Lib.* XII. und XIII. gehandelt werden. Schließlich mercken wir von dem Gebrauch und Nutzen dieses Titels nur noch etwas weniges an. Ueberhaupt davon zu sagen, so ist gewiß, daß, gleichwie allemal das Römische Recht, so fern es dem natürlichen Gesätz nicht allzu enge Gräntzen setzet, in den Teutschen Gerichten Beifall findet, also auch insonderheit desselben Lehr-Sätze von den quasi contractibus bei uns nicht gantz und gar verabscheuet werden, in so weit sie nur wegen der allzu spitzfindigen Stoischen Weltweißheit nicht verwerflich scheinen. Das Recht der Natur hat bei uns allemal die Oberhand, und unsere Gesätzgeber richten ihre Landes-Ordnungen dergestalt ein, daß durch solche denselben nicht leicht zu nahe getreten wird. Dahero werden wir in dem Rechts-Gebrauch des gantzen Titels die Beobachtung der in dem §. 967. drei bestimmten Hauptsätze jederzeit wahrnehmen: weil die daraus zu machenden Schlüsse der natürlichen Billigkeit gemäß befunden werden. Demnach findet die von *Iustiniano* in §. 7 *Inst. h. t.* wegen des indebiti ex L. Aquilia soluti gemachte Verordnung bei uns Teutschen nicht statt, und die unverschuldete Zahlung ist man bei uns in dem daselbst gemeldeten Fall wieder zu suchen nach unsern Gesätzen jederzeit berechtiget. Dergleichen ist auch bei uns erlaubt, wenn jemand ex cambio belanget wird, und exceptionem solutionis hat, die er aber nicht gleich beweisen kan, er wird indessen zur Bezahlung condemnirt, und zahlet wircklich metu executionis. In welchen Fall rathsam ist, daß man die Gelder gerichtlich deponiret, ohne sich in transaction einzulassen, weil man alsdenn, da sich etwa die Quittung gefunden hat, die condictionem indebiti noch allemal zur Hand nehmen kan. Eigentlich er aber diejenigen Fälle zu berühren, in welchen condictio indebiti bei uns nicht statt findet, so sind solche 1) transactio, iusiurandum & res iudicata, als bei welchen sich nova caussa debendi befindet, L. 26. §. 12. L. 65. §. 1. D. L. 1. *Cod. de condict. indeb.* §. 11. *Inst. de actionibus.* S. WERNHERI diss. *de condictione indebiti*

indebiti ex cauſſa iudicati. 2) In den beiden Fällen, da es auch bei uns heiſſet, quod lis inficiando creſcat, α) bei dem depoſito miſerabili, β) bei dem legato ad pias cauſſas, als in welchen derjenige, ſo wegen ſeiner frevelhaften Abläugnung dem deponenti und der piæ cauſſæ, das duplum hat erlegen müſſen, ope condictionis indebiti das, was er zu viel hat ausantworten müſſen, da er, falls ſein lügenhaftes Vorgeben unterblieben wäre, nur das bloſſe depoſitum und in dem Teſtament verordnete legatum auszuzahlen gehabt hätte, wieder zu fordern nicht befugt iſt. THOMASII *Schol. ad* HVBERI *Inſt. h. t.* §. 12. LVDWELL *in Diſpp. ad Inſt. h. t.* GROENEWEGEN *de Legibus abrogatis h. t.* 3) Cauſſa pietatis, wenn z. E. eine Groß-Mutter in Abweſenheit ihres Schwieger-Sohns deſſen Kindern alimenta gegeben hat, und verſtirbet, ſo iſt die Vermuthung, ſie habe gegen ihre Enckel freigebig ſeyn wollen, und wegen der Blutsverwandſchafft animum donandi bewieſen, mithin ſind die annoch lebende Söhne und Töchter von der Verſtorbenen nicht befugt, ihren Schwager per condictionem indebiti die auf ſeiner Kinder Unterhalt verwendete Koſten wieder abzufordern. Und hieher kan man auch gar füglich denjenigen Fall ziehen, wovon geredet wird in L. 32. §. 2. D. *condict. indebiti.* Letztens iſt derjenige Caſus, wovon *Iuſtinianus* §. *ult. Inſt. h. t.* ratione legatorum ad pias cauſſas redet, welche man, wenn ſie auch gleich indebite ausgezahlet wären, nicht wieder einklagen könne, nicht leicht vorzuſtellen: es wäre denn, daß man ſich einbildete, es habe *Titius*, da er der Kirchen ein vermachtes legatum hat abläugnen wollen, mit den Kirchen-Vorſtehern einen Tranſact gemacht, und z. E. damit ſie deſſelben Abläugnung nicht in pœnam dupli gerichtlich angeben möchten, 600. Thaler über die vermachten 1000. Thaler zum Beſten der Kirchen ausgezahlet, da er denn freilich ſolche condictione indebiti wieder zu fordern wegen der Tranſaction auſſer Stand wäre. S. PAVLLI FVCHSII *Inſtit. iur. Paraphraſin ad* §. 7. *h. t.* Und hiervon muß auch dasjenige ohne Zweifel zu verſtehen ſeyn, was der ſel. THOMASIVS ſchreibet *in Notis ad Inſt.* §. *ult.*

Tit. XXIX.

Per Quas Perſonas Nobis Obligatio Adquiritur.

§. 993. 994.

Gegenwärtiger Titul iſt faſt durchaus überflüßig: Denn wir haben oben (Lib. II. Tit. IX.) bereits einen faſt gleichen Inhalts gehabt, nemlich *Per quas perſonas cuique adquiritur.* Nun aber durch welche Perſonen man ſich andere Dinge erwerben kan, durch ſolche kan man ſich ebenfalls Obligationes

adquiriren. Schon oben haben wir die Regul gehabt: **Alle diejenigen, welche unter unſerer Bothmäßigkeit ſtehen, wir mögen ihre Ober-Herren oder auch derſelben Vater ſeyn, ſtehen mit uns in der Verbindung, daß ſie uns zum beſten etwas erwerben können.** Von ſolchem Erwerb nun iſt keinesweges eine obligatio ausgeſchloſſen, z. E. mein Sohn läſt ſich von jemanden etwas verſprechen, durch ein gebrauchmäßiges Angelöbnis: ſolches kommt mir, als ſeinem Vater, zu gute. Und auf gleiche Weiſe konte auch ein Knecht ſeinem Herrn zum beſten ſich jemand verbinden, oder zur Schuldigkeit anheiſchig machen laſſen: aber ein tertius extraneus war nach Römiſchen Rechten ſolches zu thun nicht im Stande. §. 4. *Inſt. de inutil. ſtipul.* Wenn daher mein Bruder ſich für mich von *Titio* hätte 1000. Thaler verſprechen laſſen: ſo galt ſolches nicht, und mir wurde dadurch nichts erworben, ob es der andere gleich verſprochen hatte. Allein wir mercken hierbei nur eine eintzige Regul, welche wir bei dem IX. Titul des zweiten Buchs noch nicht gehabt haben, nemlich dieſe: **Wenn eine Bedingung erfüllet wird, oder wirklich geſchiehet; ſo wird ſie auf die Zeit ihres erſten Urſprungs, das iſt, da ihrer bei der *Stipulation* gedacht wurde, zurück gedeutet,** ſo oft nemlich mein Sohn oder Knecht mir eine Obligation adquiriret hat, L. 11. §. 1. D. *qui potiores in pignore.* Dieſes wird durch folgendes Exempel klärer gemachet, wenn ſich nemlich ein Sohn unter einer Bedingung etwas hatte angeloben laſſen, und ſolche Bedingung gieng nach drei Jahren in die Erfüllung: ſo war es eben ſo viel, als wenn dieſelbe Bedingung ſchon zu der Zeit erfüllet geweſen wäre, da die Stipulation geſchahe. Hatte demnach der Sohn bei der Stipulation angefraget: willſtu mir 1000. Thaler geben, wenn ich Doktor ſeyn werde? Der Vater ließ ihn nicht lange hierauf aus ſeiner Gewalt, und zwei Jahre nachhero erklärte man den Sohn zum Doktor; ſo iſt die Frage: Wer überkommt nunmehro die 1000. Thaler, der Sohn oder der Vater? Antw. der Vater, weil die Bedingung ad initium negotii gedeutet und gezogen wird, L. 78. *princ. in fin.* D. *de verb. oblig.* Aber gantz anders verhält es ſich mit einer Bedingung bei den legatis, wie wir in dem *Scholio* des §. 993. ſchon angemercket haben. Uebrigens da die meiſten Völcker, bei welchen man auch noch nach eingeführten Chriſtenthum leibeigene Knechte und Mägde antreffen pfleget, durch dieſe ihre Leute gar nicht, wie bei den Römern, Gewerbe treiben laſſen; denn die Acker- und Land-Arbeit, welche durch dieſelben verrichtet wird, kommt gar nicht mit demjenigen Erwerb in Vergleichung, welchen ein Römiſcher Bürger durch ſeine unterſchiedene Handwercks-Knechte machen konte: ſo iſt wohl gewiß, daß ſie dasjenige, was durch ihre Frohn-Dienſte erworben wird, dem Herrn zu gute erwerben, aber, was ſie für ihre Perſon durch Geſchencke und Verſprechung von andern Leuten erhalten,

daran

daran macht der Herr so leichtlich keinen Anspruch, wie bei den Römern. Ein gleiches beobachten wir an den Eltern, die zwar eben auch zum Erwerb der Nahrung ihre Söhne und Töchter anzustrengen pflegen, ohne denselben etwas genanntes, so lange sie nemlich noch in den Lehr-Jahren sind, von dem Erwerb abzugeben, aber was sie von andern Leuten geschenckt bekommen, das läßt ihnen ihr Vater, wie wir so gleich nach ihrer Geburt an dem Pathen-Gelde wahrnehmen können: zu geschweigen, daß die väterliche Gewalt bei uns Teutschen nur nach natürlichem, nicht aber nach Römischem Recht gebräuchlich ist: da sich denn von selbst ergiebet, daß ein Lehr-Pursche, oder auch ein Sohn, nach ausgestandenen Lehr-Jahren, so gleich sein Wochen- und Arbeits-Lohn zu freien Händen überkomme. Daß endlich ratione adquisitionis per liberam personam das Teutsche Recht von dem Römischen himmelweit entfernet sey, solches bestättiget der tägliche Rechts-Gebrauch. S. SCHILTER *in Praxi iuris Rom. in foris Germ. Exerc.* XXXIII. §. 31. und HOPP *in Commentario ad Institut. Lib.* II. *Tit.* IX. Desgleichen THOMASII *Notæ ad Instit. eod.*

Tit. XXX.

Quibus Modis Tollitur Obligatio.

§. 995-997.

Wir haben nunmehro die weitläuftigen contractus zu Ende gebracht; da es aber nicht allein gut ist zu wissen, auf was für Art und Weise man Obligationes contrahiret, oder Contrakte zu Stande bringet, sondern auch derselben Auflösung, oder wie man solche wiederum aufhebe, zu wissen nöthig ist: so haben wir nur allein noch diese Lehre vor uns zu nehmen. Es wird aber eine jedwede Obligation, entweder kraft Rechtens, oder vermittelst einer *Exception*, aufgehoben. Kraft Rechtens, sagt man, werde eine Obligation aufgehoben, oder ein Contrakt geendiget, wenn die Art und Weise eine Obligation aufzuheben, so gleich von der Zeit an ihre Wirckung äussert, als sie wircklich da zu seyn anfieng, ob gleich noch keine Exception derselben entgegen gestellet ist. Dieses wird durch folgendes Beispiel deutlicher gemacht. Ich bin *Titio* a. 1737. 1000. Thaler schuldig worden: *Titius* hingegen wurde mir a. 1738. 1000. Thaler schuldig. Nunmehr verklagt mich *Titius*, und fordert die Bezahlung der ehemahligen Schuld. Darauf wende ich ein, solche Schuld sey gleich ein Jahr darauf abzurechnen gewesen. Ob nun *Titius* schon dieses annimmt: so meinet er doch berechtiget zu seyn, daß er mir die Zinsen abfordere, bis auf gegenwärtiges Jahr 1740. Allein ich schlage ihm solches

rund ab; und alsdenn wird er mit den Zinsen von einem Jahr zufrieden seyn müssen. Denn die Abrechnung hat so gleich von a. 1738. ihre Wirckung gehabt: ob ich gleich dieselbe noch in keiner Exception vorgebracht habe. Im Gegentheil wird vermittelst einer Exception eine Obligation aufgehoben, wenn dieselbe nur zu der Zeit erstlich erlöschet, da ich die Exception opponire, L. 27. §. 2. D. *de Pactis*. Es hat z. E. ein filius familias a. 1738. ein Darlehn von 200. Thaler aufgenommen; nunmehro a. 1740. wird wider ihn eine Klage angestellet: er als Schuldner opponirt exceptionem *SCti Macedoniani*. Nun fragt es sich, ob die Obligation bereits 1737. gehoben gewesen sey, oder erstlich 1740? Antw. Der Beklagte wird von seiner Obligation, die sich nicht ipso iure aufheben läßt, erstlich ope exceptionis a. 1740. frei gemacht. Wir betrachten aber nunmehro die modos selbst, durch welche eine Obligation ipso iure aufgehoben wird. Dieselben sind wiederum zweierlei, und entweder bei allen Contrakten, oder nur bei einigen anzutreffen. Ein modus, der allen Contrakten gemein ist, kan z. E. solutio seyn, weil per solutionem so wol mutuum, als commodatum, desgleichen pignus, stipulatio, und alle übrige Contrakte ihre Endschafft erreichen. Dagegen werden durch eine acceptilation nur die contractus verbales aufgehoben; desgleichen endigen sich bei einem mutuo dissensu keine andern contractus, als consensuales. Der Grund hiervon stecket in dem Weidespruch der Rechtsgelahrtheit: **Es ist nichts natürlicher und vernünftiger, als daß ein jedes Geschäffte auf eben die Weise wieder aufgehoben werde, auf welche man es vorhero zu Stande gebracht hat**, L. 35. L. 100. D. *de Reg. Iuris*. Also werden contractus verbales aufgehoben durch verba solemnia, und consensuales durch mutuum dissensum: keineswegs aber dergestalt contractus reales und litterales. Dieses voraus gesetzt, können wir nunmehro so wol modos communes & proprios solvendi obligationem insgesammt und sonders nahmhaft machen. Communes sind sechs an der Zahl, 1) Solutio, oder die in einem Handel, oder einer Abrede übernommene wirckliche Leistung einer Verbindlichkeit. §. 998-1002. 2) Compensatio, Abrechnung oder Gegenrechnung §. 1003-1005. 3) Confusio, da Forderung und Schuldigkeit auf eine Person fallen. §. 1006. 4) Oblatio und Consignatio, die Versiegelung und gerichtliche Uebergabe einer zu zahlenden Summe. §. 1007. 1008. 5) Rei interitus, da eine Sache gantz und gar zu Grunde gegangen, oder von Händen kommen ist. §. 1009. 1010. 6) Novatio, die Verwandlung der alten Schuldigkeit auf eine neue. §. 1011-1019. Aber modi proprii solvendi obligationem sind nur zwei, 1) Acceptilatio, oder die Erlassung einer Schuld, da man sich durch gebrauchmäßige Worte verbindet, selbige nicht zu fordern, und sich stellet, als ob man sie wircklich empfangen habe. §. 1020-1028. 2) Mutuus dissensus, oder die beiderseitige Zurücknehmung der genommenen Abrede. §. 1029-1031.

§. 998-1002.

§. 998-1002. Wir nehmen dannenhero so gleich die 1) gemeinschaffliche Art und Weise eine Schuldigkeit aufzuheben vor uns, welche in unsern Rechten *Solutio* genennet wird. Solche nun ist nichts anders, als eine wirckliche Leistung desjenigen, wozu man sich in einem Handel verbunden hat, L. 167. D. *de Verb. Signific.* Es wird also vera præstatio erfordert, damit so fort der Unterscheid zwischen einer solution und compensation zu erkennen sey. Denn ob gleich bei dieser Regul giltig ist: *compensare est solvere*, abrechnen ist gut bezahlen: so ist doch solches nur von dem effectu zu verstehen, welcher hier eben so viel gilt, als eine wirckliche Abzahlung. Eigentlich aber zu reden, so ist eine Gegenrechnung keine wirkliche Solutio: weil eigentlich nicht dasjenige geleistet wird, was die übernommene Schuldigkeit mit sich bringet. Wenn wir demnach fragen, α) wer eigentlich im Stande sey, nach abgenommener Abrede etwas zu leisten: so dienet zur Antwort, daß ein jeder, der mit seinen Haabseligkeiten frei schalten und walten kan, auch solches zu thun befugt sey, §. *ult. Inst. quib. al. lic. vel non.* Hieraus schliessen wir, und ist leicht zu erkennen, daß kein Unmündiger einen Abtrag einer Schuld, oder auch eine andere in einer Abrede übernommene Leistung beginnen und vornehmen möge. Hiervon aber haben wir oben (§. 466.) ein mehrers gemeldet. Daran aber ist nichts gelegen, ob ich eine solution für mich, oder für einen andern, mit eines andern Bewilligung, oder wider dessen Willen, mit eines andern Vorwissen, oder hinter dessen Rücken vornehme und zu Stande bringe, L. 21. L. 40. L. 53. D. *de solutionibus.* Denn die Schuldigkeit wird allemal aufgehoben; ob sich gleich derjenige, welcher wider des andern Willen eine Leistung ins Werck gerichtet hat, an ihm nicht erholen, und vielweniger wider ihn deswegen eine Klage anstellen kan: es wäre denn, daß er sich ante solutionem von dem Gläubiger hätte iura cessa geben lassen, und alsdenn könte er als ein procurator oder mandatarius in rem suam die Klage gegen ihn vor Gerichte anbringen (§. 958.). Wenn man β) fraget, wie eine solutio eigentlich geschehen müsse: so ist zu wissen, a) man muß eben dasjenige, wozu man sich verbunden hat, abtragen und leisten, und mithin ist hier mit der zu leistenden Sache ohne des Gläubigers Einwilligung keine Aenderung vorzunehmen erlaubt. Wer also 100. gute Ducaten schuldig ist, der ist nicht befugt, seinem Gläubiger die Bezahlung in Getreide, Gewürtz, Büchern, u. d. gl. ohne desselben Einwilligung aufzudringen. Aber ist der Gläubiger damit zufrieden, und will dergleichen Sachen statt der Bezahlung annehmen: so heißt die in solcher Lieferung bestehende Befriedigung eines Gläubigers in solutum datio. b) Muß man die gantze Schuld abtragen. Denn einen Theil derselben hat niemand nöthig anzunehmen. Man ladet sich dadurch oft viel Unbequemlichkeiten über den Hals. Also wenn die Befriedigung in einer

groſſen Summe Geldes beſtünde, und man ſolte ſich ſolches Geld nur in einzeln Thalern abtragen laſſen: ſo würde auch die gröſte Summe durch die Ausgabe leichtlich zerſplittert, und alſo wircklich mit der Zeit zernichtet werden, L. 9. *Cod. de ſolut.* L. 41. §. 1. D. *de Vſuris.* Allein hier iſt billig ein Unterſcheid zu machen, und zwar in zwei Fällen, in welchen mein Gläubiger ſich nicht weigern darf, die Bezahlung eintzelner Weiſe von mir anzunehmen, wenn er auch ein noch zu groſſes Capital an mir zu fordern hätte. Erſtlich, wenn die Schuld-Forderungen unterſchiedlich ſind; zum andern, wenn die Schuld-Forderung nur zum Theil liquid, zum Theil aber illiquid iſt. Denn ein Richter pfleget dem Schuldner alsdenn nur aufzulegen, daß er z. E. *Titio* von den quæſtionirten 10000. Thalern für ietzo nur die liquide Forderung a 6000. auszuzahlen ſchuldig ſey, der Kläger *Titius* aber wegen Rechtfertigung der reſtirenden 4000. Thaler zu beſſerer Liquid-Machung hiermit verwieſen ſeyn ſolte: auf welchen Fall alsdenn weiter ergehen wird, was Rechtens iſt. Solchemnach wird der illiquide Theil der richterlichen Erörterung anheim geſtellet und überlaſſen, L. 21. D. *de rebus creditis.* Es wird aber liquidum debitum vornemlich diejenige Schuld genennet, von welcher vier Stücke klar und ausgemacht ſind. 1) Müſſen die Contrahenten bei derſelben offenbar ſeyn. 2) Muß die Gewißheit der Summe deutlich in die Augen fallen. 3) Muß auch dabei ſtehen, wie und warum man die Forderung ſchuldig worden ſey, und 4) muß der Beweiß und das Verzeichnis oder Specification ſeine Gewißheit und Richtigkeit haben. VMMII *Diſp.* XXII. *th.* 2. n. 12. MINDANVS *de Proceſſ. lib.* VIII. 59. n. 2. c) Iſt man verbunden, eine Schuld-Forderung zu der bei dem geſchloſſenen Handel beſtimmten Zeit, und am verabredeten Orte abzutragen. Habe ich mich nun anheiſchig gemacht, meine Schuld zu Amſterdam richtig zu machen: ſo iſt es mir nicht erlaubt, ſelbige in Leipzig zu bezahlen, und iſt die Bezahlung auf den 1. April geſetzet, ſo kan ich die wircklicke Zahlung nicht auf den 1. Julius verſchieben; es wäre denn, daß mir der Gläubiger ſelbſt Aufſchub ertheilet hätte, L. 39. D. *de ſolut.* Bezahlet nun ein Schuldner ſpäter, und nicht an dem beſtimmten Orte: ſo iſt er ſeinem Gläubiger denjenigen Schaden gut zu thun ſchuldig, welcher ihm dadurch zugeſtoſſen iſt, oder id, quod intereſt. Und desfalls hat ein Gläubiger actionem triticiariam, und de eo, quod certo loco, welche beide Klagen eigentlich in den Pandekten abgehandelt werden. Es fragt ſich nunmehro, γ) was eine ſolutio oder Befriedigung für eine Wirckung habe. Dieſes iſt leicht zu beantworten, nemlich ſie hebet die übernommene Verbindlichkeit ipſo iure auf. Da nun ſolchergeſtalt die Haupt-Verbindlichkeit ein Ende nimmt, ſo muß es auch um die Neben-Verbindungen gethan ſeyn. Hat dahero der Haupt-Schuldner bezahlet, ſo braucht es keiner Bürgen, keiner Pfänder, und

Hypo-

Hypothequen, L. 43. D. *de solut.* Es wäre denn, daß der creditor noch zur Sicherheit wegen einer andern ungetilgten Schuld ein Unterpfand iure retentionis an sich behalten wolte: so ihm allerdings erlaubt ist, und wovon wir oben (§. 825.*) bereits geredet haben.

§. 1003-1005. II) Der zweite modus communis, wie eine Schuldigkeit ipso iure aufgehoben werde, heißt *compensatio*, welche wir folgendergestalt erklären, daß sie sey debiti & crediti mutui inter se contributio, L. 1. D. *de compensat.* Solche gründet sich auf den Lehrsatz der Weltweisen, **was man mit der Kürtze verrichten kan, darzu braucht es keiner Weitläufftigkeit.** Denn woferne man der Ordnung gemäß verfahren solte: so müste ich erstlich meinem Gläubiger die ihm von meiner Seite schuldig gewordene 100. Thaler abtragen, und darauf wäre er mir die seines Orts schuldig gewordene 100. Thaler zu erlegen schuldig. Allein was braucht es so vieler Umschweiffe, da wir die Sache dergestalt zur Richtigkeit bringen mögen, daß ein jeder von uns sein Geld in der Tasche behalten darf? Geschiehet nun dieses, so heißt es, die Schuld ist auf beiden Seiten abgerechnet. Bei dieser Abrechnung nun haben wir zwei Stück zu betrachten, 1) derselben requisita, 2) ihre Wirckungen. Was erstlich die requisita betrift, so sind derselben vornemlich drei. α) Es muß auf beiden Seiten eine wirckliche, offenbare und unbedingliche Schuld vorhanden seyn: weil eine wirckliche gegen eine ungiltige, eine offenbare gegen eine unausgemachte, und eine bedingliche gegen eine unbedingliche nicht aufgehoben werden kan, da man noch im Zweiffel stehet, ob eines Theils noch eine Schuld vorhanden ist, L. 30. L. 41. D. *de condict. indeb.* L. *ult.* §. 1. *Cod. de compensat.* L. 7. L. 11. L. 16. §. 1. L. 22. D. *eod.* β) Es muß die Schuld auf beiden Seiten einen gewissen und bestimmten Werth haben, L. 4. L. 8. L. 12. *Cod. eod.* Daher kan z. E. ein Pferd gegen das andere nicht abgerechnet werden, wenn der Werth von beiden nicht bestimmt und gewiß ist. Also würde *Titii* Bemühung mit mir abzurechnen vergeblich seyn, wenn er mir ein Pferd und ich ihm ein Buch schuldig wäre, deren Preiß man auf nichts gewisses gesetzet hätte. γ) Diejenigen, welche mit einander abrechnen wollen, müssen zugleich Schuldner und Gläubiger seyn. Daher findet keine Abrechnung statt, wenn mein Bruder an *Titio* 100. Thaler zu fordern hätte, und ich *Titio* eben so viel schuldig wäre, L. 16. *princ.* L. 18. §. 1. D. *Cod. de compensat.* Dieses gehet so weit, daß, wenn ich an dem Fisco, und der Fiscus an mir etwas zu fordern hätte, die Abrechnung nicht anders zugelassen wird, als wenn Forderung und Schuld zu einer und derselben Casse gehören. Ich bin z. E. dem Comtoir von der Admiralität in Holland 10000. Thaler schuldig, und habe an dem Domainen-Comtoir eben so viel zu fordern: so werde ich nicht zur Abrechnung gelassen, ob gleich beide Cassen dem Fisco zugehören, L. 46. §. 5. D. *de iure fisci,*

L. 1.

L. 1. *Cod. de compenſat.* Nun wollen wir zweitens die Wirckungen einer Abrechnung in Erwegung ziehen. Dieſe lauffen mit denen auf eins hinaus, welche wir bei einer Solution ſchon oben (§. 1002.) abgehandelt haben. Demnach iſt nur noch die Frage, wie es alsdenn nach den Rechten gehalten werde, wenn beiderſeitiges creditum und debitum ungleich ſind? Hierauf antworten wir, daß alsdenn die gröſſere Schuld gegen die kleinere, ſo viel dieſe beträgt vermindert werden müſſe. §. 30. *Inſt. de act.* L. ult. *Cod. de compenſat.* *Titius* iſt mir z. E. 1000. Thaler, ich aber ihm nur 600. ſchuldig: ſo wird *Titii* Schuld durch die Abrechnung auf 400. Thaler herunter geſetzt, welche er mir einzig und allein auszuzahlen gehalten iſt. Hat man nun beiderſeits wegen der Capitale Zinſen abzutragen verſprochen: ſo hören dieſelben gleich von der Zeit an auf, da ſich Schuld und Forderung auf beiden Seiten ereignete. So viel nemlich die concurrirenden Summen anbetrift, keinesweges aber was von der gröſſern Schuld annoch zu fordern übrig bleibet.

§. 1006. III) Der folgende modus, eine Verbindlichkeit zu tilgen, heiſt *confuſio*: durch welche Benennung hier derjenige Fall verſtanden wird, da das Recht eines Gläubigers und die Verbindlichkeit eines Schuldners auf eine und dieſelbe Perſon fällt und gebracht wird, L. 75. L. *penult.* D. *de ſolut.* Ein jeder ſiehet leicht an der Sache ſelbſt, daß alsdenn alle Verbindlichkeit erlöſche: weil niemand an ſich ſelbſt etwas ſchuldig ſeyn, und auch eine Forderung haben kan. Aber dieſes fragt ſich noch, wie ſich ſolches zutragen könne, daß ein Gläubiger auch Schuldner werde. Man kan ſich dieſen Fall bei einer Erbſchafft gantz leicht und deutlich vorſtellen. *Titius* iſt mir z. E. 2000. Thaler ſchuldig, und ietzo, da er ſtirbt, ſetzt er mich zu ſeinem Erben ein. Da ich nun die Erbſchafft antrete: ſo werde ich mein eigener Schuldner. Denn ich, als Erbe, trete in des Verſtorbenen ſämmtliche Gerechtſame und Schuldigkeiten. Dieſemnach geſchiehet die confuſio durch Antretung der Erbſchafft: mithin hat die Verbindlichkeit oder Schuld ein Ende.

§. 1007. 1008. IV) Sehen wir nun auch die *oblationem* und *conſignationem*, als einen modum, wodurch eine Schuldigkeit bei allen Contrakten aufgehoben wird, wenn man nemlich die gerichtlich ausgezahlte Schuld verſiegeln und in den Gerichten verwahren läßt. Solches gehet alsdenn allezeit an, wenn ſich ein Gläubiger ſäumet, die bereit liegende Schuld in Empfang zu nehmen, und das ihm angebotene Geld entweder nicht annehmen kan, oder nicht annehmen will. Es hat mir z. E. *Titius* ein Land Gut vor 20000. Thaler verkaufſet. Da nun die von uns zur Zahlung beſtimmte Zeit vorhanden iſt: ſo eröfne ich ihm mein Anerbieten, ihm das bereit liegende Geld zu zahlen; weil aber *Titii* Gläubiger ſolches haben verkümmern laſſen: ſo iſt er ſolches im Empfang zu nehmen dadurch auſſer Stand geſetzet worden. Bei ſolchen Umſtänden iſt

mir

mir nicht beſſer zu rathen, als ich deponire gedachtes Geld in den Gerichten. Fragt man nun, was oblatio und conſignatio ſey: ſo iſt ſolche nunmehro gantz leicht zu erklären, da ſie eine Art und Weiſe iſt, einer Verbindlichkeit dadurch ein Ende zu machen, daß ein Schuldner die gantze Schuld-Poſt, die er zur beſtimmten Zeit und an dem verabredeten Orte dem Gläubiger angeboten, dieſer aber dieſelbe nicht in Empfang genommen hat, gerichtlich verſiegeln und verwahren läßt. Es wird dannenhero erfordert, a) daß man dem Gläubiger ſolches Geld zu rechter Zeit und am beſtimmten Orte anträget, dieſer aber daſſelbe nicht in Empfang nimmt. b) Daß der Gläubiger gerichtlich vorgeladen werde, in Perſon die Verſiegelung und Verwahrung des ausgezahlten Geldes mit anzuſehen. c) Daß ich das Geld in den Gerichten zähle, und in Gegenwart des Gläubigers einzupacken und mit dem gerichtlichen Petſchaft zu verſiegeln bitte. d) Daß ich ſolches dem Gerichts-Buche einverleiben und den Gerichten verwahren laſſe. Dieſes wircket ſo viel, 1) daß ich von aller meiner Schuldigkeit entlediget werde, als wenn ich dem Gläubiger ſelbſt die Zahlung geleiſtet hätte; 2) daß ich nun weiter davon keine Zinſen mehr erlegen darf; 3) daß im Fall das Geld in den Gerichten geſtohlen würde, oder in einer Feuers-Brunſt umkäme, der Schade nicht mir, ſondern dem Gläubiger zuwachſe, L. 19. *Cod. de Vſur.* L. 9. *Cod. de Solut.*

§. 1009. 1010. V) Dieſem zu nächſt kommt der fünfte modus, wodurch ſich die Schuldigkeit aller Contrakte ipſo iure verliert, nemlich rei interitus. Allein in Anſehung derjenigen Sache, welche man ſchuldig iſt, iſt folgender Unterſcheid zu beobachten. Man iſt entweder ein genus, z. E. ein Pferd, oder auch eine ſpeciem, z. E. dieſes Pferd, welches man zum reiten gebrauchet, oder eine quantitatem, z. E. 1000. Floren. ſchuldig. Gehet nun genus oder quantitas ohngefehr verloren; ſo werde ich meiner Schuldigkeit nicht entlediget und überhoben: weil genus und quantitas beſtändig dauren und verbleiben. Wenn ich daher z. E. *Titio* ein Pferd ſchuldig bin; ich kaufe mir eines, um ſolches zu liefern, damit ich meine Schuldigkeit tilge. Solches aber verrecket mir die Nacht vorher, ehe ich es abgebe: ſo bleibet die Schuldigkeit annoch auf mir haften. Denn ich bin nicht eben das verreckte Pferd, ſondern ein genus, welches noch andere Pferde unter ſich begreifet, ſchuldig geweſen. So werde ich auch meiner Schuldigkeit nicht los, wenn ich 1000. Thaler ſchuldig bin, und da ich dieſelben aufgezehlet habe, werden mir ſolche, bevor ich ſie abgebe, diebiſcher Weiſe entwendet. Denn ich bin eine quantitatem ſchuldig, welche niemals zu nichte gehen kan, und keinesweges eben diejenigen Stücken Geld, welche ich auf dem Tiſche aufgezählet hatte. Da hingegen wenn ich eine ſpeciem, z. E. ein gewiſſes Haus, oder ein beſtimmtes Pferd zu überantworten verbunden, und ſolche gehen unglücklicher Weiſe zu

nichte: so verlieret sich auch meine Schuldigkeit. L. 23. L. 49. *pr.* D. *de Verb. Oblig.* Denn ich bin ja nicht dasjenige auszuantworten schuldig, was nicht mehr wesentlich vorhanden ist. Aber dessen ungeachtet giebet es drei Fälle, da ich dennoch durch den Untergang einer speciei von meiner Verbindlichkeit eine speciem zu liefern, nicht befreiet werde. 1) Wenn ich mit der Auslieferung gesäumet habe. 2) Wenn ich bei dem Besitz der zernichteten Sache mit einem bösen Gewissen beladen gewesen bin. *Titius* hätte z. E. ein Pferd gestohlen, und nachdem er es in den Stall gezogen hat, verbrennt dasselbe in einer Feuers Brunst. 3) Wenn die Sache durch meine Boßheit oder grobe Fahrläßigkeit zu Grunde gerichtet worden ist, da z. E. *Iavolenus* ein schwartzes Reit-Pferd abzugeben hat, und dasselbe nicht, wie einem guten Hauswirth gezieret, gehöriger maassen verwahret, oder wohl gar durch einen verabredeten Diebstahl entwenden läßt. Denn hier ist die Rede von einem Unglücks-Fall, wodurch die Sache ohne unser Verschulden verlohren gehet; als wofür man in den contractibus ordentlicher Weise nicht zu stehen pfleget. Aber ein anders wäre Rechtens, wenn man durch besondere Verabredung und Pacta auch den Unglücks-Fall auf sich genommen hätte. Denn da heisset: Pacta legem dant contractibus. Demnach muß *Titius Iavoleno* das abgelehnte und auf der Reise durch eine Feuers-Brunst verunglückte Pferd bezahlen, wenn er sich zu Vergütung alles Schadens anheischig gemacht hat.

§. 1011-1019. VI) Wir haben nun noch die letzte Art und Weise, alle und jede Verbindlichkeiten aufzuheben, in der Ordnung zu betrachten, und solche ist *novatio*. Wir verstehen durch diese nichts anders, als die Verwandelung der vorigen Schuldigkeit in eine andere, L. 1. *prine.* D. *de novationibus.* Ich bin z. E. bisher etwas ex stipulatu zu leisten schuldig gewesen, und nunmehro gebe ich eine Handschrift von mir, mithin werde ich nun allein durch Briefe und Siegel verbunden: oder ich hatte mich vorhero wozu durch eine bloße Verabredung anheischig gemacht, anitzo aber verbinde ich mich durch eine Stipulation. Es ist aber dergleichen novatio oder Verwandelung eines Contrakts hauptsächlich zweierlei, entweder voluntaria, welche man freiwillig, und mit beiderseitiger Uebereinstimmung durch Abrede vornimmt. Also wären wir z. E. dergestalt einig worden, daß ich dasjenige Geld, welches mir *Titius* zu verwahren gegeben hätte, nunmehro als ein Darlehn schuldig wäre: so hätte uns niemand dazu genöthiget, mithin wäre solches novatio voluntaria, L. 2. D. *eod.* oder solche ist necessaria, welche man auch wider seinen Willen eingehet, und sonderlich durch die Befestung des Krieges Rechtens sich gefallen lassen muß. Ich bin z. E. aus einem Darlehn 100. Thaler schuldig, und werde deswegen gerichtlich belanget. Da mich nun des Richters Geheiß zur Befestigung des Krieges Rechtens anhält, und ich mir solches vielleicht wider

meinen

meinen Willen gefallen laſſen muß: ſo entſtehet ſo gleich die Verwandelung des Contrakts oder novatio. Denn da ich das Geld vor dem als ein Darlehn ſchuldig war, ſo fange ich anietzo ſolches ex quaſi contractu litis conteſtationis ſchuldig zu werden an. Wenn mich nun der Beſcheid des Richters zur Abzahlung gedachter 100. Thaler für ſchuldig erkennet hat, und ich dem zu Folge die Zahlung nicht leiſte, daß mich mein Gläubiger aufs neue gerichtlich belangen muß: ſo gebraucht er hierzu nicht condictionem certi ex mutuo, ſondern actionem iudicati, welche aus gedachtem quaſi contractu litis conteſtationis nunmehro erwachſen iſt, L. 29. D. *de novat.* Nächſtdem geſchiehet die Verwandelung eines Contrakts entweder ohne Anweiſung oder delegation, wenn eben derſelbe Schuldner und eben derſelbe Gläubiger in ihrer Schuld und Forderung verbleibt, ungeachtet die Schuldigkeit eine andere Geſtalt gewinnet: oder ſie geſchiehet mit Anweiſung, und, wie man insgemein zu reden pfleget, vermittelſt einer Aſſignation, da nemlich eine andere Perſon die Verbindlichkeit des bisherigen Schuldners zu leiſten hat. Das erſtere, nemlich novatio ſine delegatione geſchiehet auf dreierlei Weiſe, 1) wenn die Verbindlichkeit verändert wird, da ich z. E. vorher 100. Thaler ex ſtipulatu ſchuldig geweſen bin, ſo ſtelle ich nunmehro dieſerwegen eine Handſchrift von mir. 2) Wenn der vorigen Schuldigkeit etwas beigefüget oder abgenommen wird. Wenn ich z. E. bisher 100. Thaler, ohne Zinſen davon abzutragen, ſchuldig geweſen bin, und nun verbinde ich mich auch künftig davon die Zinſen zu geben; oder umgekehrt, wenn mir die bisher abgetragene Zinſen ins künftige erlaſſen ſeyn ſollen. 3) Wenn ſich nichts verändert, ſondern die alte Schuldigkeit nur erneuret wird. Ich habe z. E. 1738. eine Handſchrift von mir gegeben, nunmehro a. 1740. ſtelle ich nach Zurücknehmung der alten eine neue von mir wegen eben derſelben Schuld-Poſt, wobei aber wohl zu mercken iſt, daß ich mir die alte Handſchrift für allen Dingen zurück geben laſſe, weil ich widrigenfalls aus derſelben eben ſo wol, als aus der neu ausgeſtellten belanget werden kan, L. *ult. Cod. de novat.* Die andere, novationem cum delegatione betreffend, geſchiehet, wenn ich die Abtragung einer fremden Schuld allein über mich nehme, ſo gar, daß der vorige Schuldner ſeiner Schuldigkeit gantz und gar überhoben wird: und dieſe gäntzliche Übernehmung einer fremden Schuld wird expromiſſio genennet. Ein klares Beiſpiel hiervon findet ſich an dem Apoſtel PAVLLO, in deſſen Briefe *ad Philem. v.* 18. 19. 20. da er ſich an *Oneſimi* ſtatt wegen vorfallender Schuldigkeiten allein zu haften verbindlich macht. Denn ſo bald *Philemon* dieſe expromiſſionem *Paulli* erhielt, ſo war eine novatio cum delegatione vorhanden, weil die Perſon des Schuldners verwandelt wurde, indem *Paullus* die Schuldigkeit *Oneſimi* über ſich ergehen zu laſſen angelobet hatte. Es beſtehet dannenhero die eigentliche Wirckung einer freiwilligen no-

vation, welche mit einer Anweisung vergesellschafftet ist, eigentlich darin, daß die vorige Verbindlichkeit abgethan wird, und eine neue an deren Stelle kommt, so gar daß man sich an dem vorigen Schuldner nicht erholen kan, im Fall der expromissor, oder daß man so sagen darf, der Stief- oder After-Schuldner, den Gläubiger zu befriedigen nicht im Stande seyn solte, L. 26. §. 2. D *mandati*, L. 3. *fin. Cod. de novat.* Eine novatio necessaria aber wircket so viel, daß man dreißig Jahre lang wider den Schuldner eine Klage anzustellen berechtiget ist, da man vorhero keine Befugnis innerhalb so langer Zeit eine Klage anzustellen gehabt hat, mithin können auch dessen Erben selbst benöthigten Falls belanget werden, L. 6. §. *ult.* D. *de re iud.* L. 26. D. *de oblig. & action.* Wir haben nunmehro alles, was zu einer Novation gehöret, bishero beigebracht; allein wir wollen nur noch diese Frage untersuchen, was sich zwischen einer fideiussion oder Bürgschafft, und zwischen einer expromission oder gäntzlichen Uebernehmung einer fremden Schuld für ein Unterscheid finde: desgleichen, wie delegatio oder eine Anweisung und cessio, oder eine Abtretung von einander unterschieden seyn. Auf das erstere zu antworten, so entstehet erstlich durch eine Bürgschafft keine Contrakts-Verwandelung, wohl aber durch die gäntzliche Uebernehmung einer fremden Schuld. Fürs zweite, so hebet die Verbindlichkeit eines Bürgen die Schuldigkeit des Haupt-Schuldners nicht auf: denn jener stellet sich diesem nur zur Beihülffe an die Seite. Da hingegen ein so genannter Stief- und After-Schuldner den vorigen Schuldner von aller Verbindlichkeit gantz und gar frei macht. Den andern Punkt betreffend, so werden wir zwischen einer Anweisung und Abtretung einer Schuld diesen Unterscheid gewahr, daß zur Anweisung eine übereinstimmige Einwilligung von allen Seiten erfordert werde, und hingegen die Abtretung einer Schuld auch ohne Vorbewust und mit Widerwillen meines Schuldners geschehen könne, L. 1. *Cod. de novat.* Nächstdem bekommt man durch die Anweisung eine andere Person zu seinen Schuldner, und durch die Abtretung einer Schuld überkommt ein anderer die Befugnis des bisherigen Gläubigers.

§. 1020-1028. Bis anhero sind die sechs modi obligationem tollendi, die sich bei allen Contrakten finden können, abgehandelt worden: nunmehro folgen die zwei besondern Arten, welche man nur bei ihren eignen Contrakten anzutreffen pfleget, nemlich die *acceptilatio*, welche nur bei der Stipulation statt findet, und der mutuus dissensus, wodurch allein die contractus consensuales aufgehoben werden. 1) Acceptilatio hat ihre Benennung von der Redens-Art acceptum ferre, das ist, eine nicht gezahlte Schuld ansehen, als wenn man sie bereits gezahlt bekommen hätte, welches wir Teutschen auszudrücken pflegen mit dem Namen einer Schuld-Erlassung. Und noch deutlicher pfle-

gen

gen wir es auszudeuten, wenn wir sagen, die Schuld soll euch hiermit geschenckt seyn. Denn nach unsern Rechten erlassen wir eine Schuld durch eine blosse Verabredung; ja durch blosses Nicken und Stillschweigen: wozu noch kommt, daß wir unsern Schuldner, ihm künftig nichts abzufordern, auch dadurch versichern, wenn wir ihm seine uns ausgestellte Obligation zurück geben, ohne daß wir ihm wegen der nicht gezahlten Schuld-Post eine neue abfordern. Aber bei den Römern, welche den Lehr-Satz hatten, daß alles auf die Weise wieder aufgelöset werden müsse, wie man es zu Stande gebracht hätte, hielt man es für ungereimt, einen Contrakt durch eine blosse Abrede aufzuheben. Daher hatten sie bestimmt, daß man dasjenige, was vermittelst gebrauchmäßiger Worte oder einer Stipulation versprochen worden war, ebenfalls per verba solemnia erlassen müsse, und diese gebrauchmäßige Redens-Arten nennete man bei ihnen acceptilationem. Es bestunden aber solche Rechtsgebräuchliche Redens-Arten in folgender Frage, und damit übereinstimmenden Antwort: nemlich der Schuldner fragte seinen Gläubiger: *Quam ego tibi promisi pecuniam, habesne acceptam?* Darauf gab ihm dieser zur Antwort: *Habeo acceptam.* Auf solche Weise schien die Verbindlichkeit ipso iure aufgehoben zu seyn, §. 1. *Inst. h. t.* Hierzu ist nur noch so viel beizufügen, a) daß eine acceptilatio sey ein actus legitimus, L. 77. L. 123. D. *de Reg. Iur.* Und deswegen konte man sie weder durch einen procuratorem, noch unter einer Bedingung, noch auch auf eine Zeit lang zu Stande bringen (§. 70.). b) Daß eine acceptilatio nur von demjenigen geschehen könne, welcher mit seinen Habseligkeiten frei schalten und walten kan, und mithin etwas zu veräussern Befugnis hat. Deswegen konte zwar ein Unmündiger um die Erlassung seiner Schuld anfragen, aber keinesweges die Schuld auf die Frage seines Schuldners vergeben, ausser, wenn der Vormund sein Vollwort dazu beifügte, L. 2. D. L. 1. *Cod. de acceptil.* Der Grund hiervon findet sich oben (§. 251.). c) Daß eine acceptilatio einzig und allein auf vorher gegangene Stipulation zu ziehen sey, keinesweges aber zu den contractibus realibus, litterarum, und consensualibus gehöret, §. 1. *Inst. h. t.* Weil aber solches viel Beschwerlichkeit mit sich führet: so erfand C. *Aquilius Gallus*, welcher mit *Cicerone* zu gleicher Zeit lebete, und einer der berühmtesten Rechtsgelehrten war, eine acceptilation, welche nach seinem Namen *Aquiliana* genennet wurde, vermöge welcher man alle Schuldigkeit, auch die aus andern Contrakten erwachsen waren, aufheben und abthun konte. Von solcher hat *Iustinianus* §. 2. *Inst. h. t.* die sehr mühsame und dem Scheine nach verwirrte Abfassung aufbehalten. Jedoch man kan sich die Sache gar leicht folgendergestalt vorstellen. Denn besagter maassen findet sich bei der gemeinen acceptilation nur eine eintzige Anfrage, und eine eintzige Antwort: bei der Aquilianischen acceptilation hingegen hat man derselben zwei, durch deren

erstere geschahe eine ordentliche Novation, indem ein Gläubiger z. E. anfragte, und seinen Schuldner also anredete: *Quod mihi ex mutuo debebas, an tu mihi de novo promittis?* Hierauf war des Schuldners Antwort: *Promitto.* Solchergestalt hatte es so gleich mit der Novation seine Richtigkeit. Denn nunmehro war dieser jenem nichts mehr ex mutuo, sondern ex stipulatu schuldig. Hierauf wurde durch die zweite Frage die neue Verbindlichkeit wiederum aufgehoben: indem der Schuldner nunmehr zu fragen anfieng: *Quæ tibi iam promisi, habesne accepta?* Da nun der Gläubiger darauf die Antwort gab: *Habeo accepta*: so hielt man dafür, daß nunmehro die erstere Verbindlichkeit ex mutuo vermittelst der Aquilianischen Acceptilation gantz und gar aufgehoben und abgethan sey, da doch sonsten eine Acceptilatio bei einem mutuo nicht statt haben konte. Es wird nun ein jedweder vielleicht gar wohl vermercken, daß man dergleichen Weitläufftigkeiten bei uns nicht nöthig habe. Denn alle Verabredungen oder pacta gelten bei uns so viel, und haben eben die Wirckung, als die stipulationes bei den Römern hatten. Wenn wir also jemanden vermittelst einer bloßen Abrede eine Schuld erlassen: so hat solche Erlassung eben so viel Giltigkeit, als das Wort-Gepränge der Römischen Acceptilation. Dessen ungeachtet aber ist einem Rechtsbeflissenen dieses zu wissen nöthig: weil er sonsten den Zusammenhang des Römischen Rechts nicht einsehen könte, und nitthin gar viele Stellen in dem corpore iuris civilis nicht verstehen würde. Die Römer aber konten solcher Contrakt-mäßigen Redens-Arten nicht überhoben seyn: wovon wir die Ursachen in unserer *Oration de veterum iurisprudentia formularia* hinlänglich angezeiget haben.

§. 1029-1031. Endlich und zuletzt ist noch die andere besondere Weise übrig, eine Verbindlichkeit abzuthun, die aus den contractibus consensualibus ihren Ursprung hat: welche Weise deswegen eintzig und allein zu solchen Contrakten gehöret. Solche bestehet in einem mutuo dissensu, und ist nichts anders, als eine gegentheilige Verabredung, welche der vorigen vermittelst der Einwilligung genommenen Abrede, welche noch nicht erfüllet ist, schnur stracks zuwider läufft. §. *ult. Inst. h. t.* Man war z. E. wegen des Kaufs und Verkaufs eines Hauses für 1000. Thaler eins worden; anietzo nehmen wir Abrede, solchen Kauf und Verkauf zu unterlassen: folglich hat es mit dem mutuo dissensu, oder beiderseitiger Zurücknehmung des in der vorher genommenen Abrede gegebenen Worts seine Richtigkeit. Solcher maassen scheinet hier nichts undeutliches zu seyn, welches einer Anmerckung würdig wäre, ausser dieses eintzige, daß man auf diese Weise eine Schuldigkeit re adhuc integra, das ist, da man dem contractui noch keine Genüge geleistet hat, abthun könne. Denn hat man einen Contrakt bereits erfüllet; so kan man zwar anders Sinnes und Willens werden: aber es wird der vorige Contrakt nicht so wol dem

Scheine

Scheine nach wieder aufgehoben, als vielmehr in der That ein neuer geschlossen. Es ist mir z. E. ein Haus verkauft, und bereits wirklich nach geschehenem gerichtlichen Verzicht abgetreten worden, es mag solches gegen baare Bezahlung oder auf Glauben künftiger Abzahlung des Geldes geschehen seyn, daran ist nichts gelegen. Ungeachtet dessen treten wir von dem Contrakt wieder zurück, ich bekomme entweder mein Geld oder Handschrift von dem Verkäufer wieder; ich räume ihm das Haus wieder ein: solchergestalt wird ein neuer Kauf und Verkauf wiederum wircklich geschlossen, *L. 58. in fin. D. de pactis.* Und eben dieses ist die Ursache, warum die Obrigkeit nunmehro doppelten Kaufschoß verlanget: da sie mit dem einfachen zufrieden und vergnügt gewesen wäre, wenn man noch bei Zeiten vor Vollbringung des Contrakts sein gegebenes Wort zurück genommen hätte.

Finis Libri III.

Lib. IV. Tit. I.

De Obligationibus, Quæ Ex Delicto Nascuntur.

§. 1032-1038.

Wir halten uns noch bei dem iure ad rem auf, von welchem wir oben (§. 771.) gemeldet haben, daß es aus einer persönlichen Verbindlichkeit herrühre. Eine persönliche Verbindlichkeit aber entstehet laut §. 772. so wol unmittelbar aus einer natürlichen Billigkeit, oder aus dem bestimmten Gesätz, als auch mittelbar aus einer verbindlichen Verrichtung. Da nun eine verbindliche Verrichtung entweder erlaubt oder unerlaubt ist: die erlaubte aber eine Verabredung genennet wird, welche alle contractus unter sich begreifft, von welchen wir bisher gehandelt haben: so führet hingegen die unerlaubte Verrichtung den Namen eines Verbrechens oder einer Uebelthat. Und eben von denselben handelt der Keiser *Iustinianus* in den ersten fünf Tituln dieses vierten Buchs. Ob nun gleich der Inhalt mit der Ueberschrift des gegenwärtigen Tituls nicht überein kommt; weil diese das Versprechen dem Augenscheine nach im Munde führen, diejenige Verbindlichkeit abzuhandeln, welche aus einem jeden Verbrechen erwachsen kan: so handelt doch gegenwärtiger Titul durchaus nur von einer eintzigen Art der Uebelthaten, nemlich von dem Diebstahl. Allein unsers Orts solchen Mangel zu ersetzen, wollen wir, bevor wir auf den Diebstahl selbst kommen, mit wenigem erwegen, 1) was ein Verbrechen sey. §. 10033. 2) Wie vielerlei es Verbrechen gebe.

§. 1034-1036.

§. 1034. 1036. 3) Was für Klagen aus denſelben entſtehen. §. 1037. ſqq. 1) Die Frage zu unterſuchen, was ein Verbrechen ſey, ſo erklären wir ſelbiges folgendergeſtalt: Delictum eſt factum illicitum, ſponte admiſſum, quo quis ad reſtitutionem, ſi fieri poſſit & ad pœnam obligatur. In dieſer Erklärung findet ſich kein vergebliches Wort. Denn ein Verbrechen heißt eine That oder Verrichtung, weil ohne ſolche kein Verbrechen begangen wird, L. 25. §. 1. L. 52. §. 8. D. *de Oblig. & action.* eine That aber begreifft auch unter ſich eine ſchändliche Unterlaſſung, L. 1. §. 18. D. *de SCto Silan.* L. 45. *princ.* D. *ad L. Aquil. Nov.* 115. *cap.* 3. Da nun eine jede That, ſie ſey eine wirckliche Verrichtung oder Unterlaſſung, ſich äuſſerlich ereignen muß: ſo iſt eine innerliche Gemüths-Bewegung oder Gedancke, ob gleich deſſen Beſtraffung vor Gott richtig iſt, zu einer Uebelthat nicht zureichend, L. 2. D. §. 1. L. 52. §. 19. *de furtis* L. 15. §. 10. D. *de iniuriis*, L. 52. §. 8. D. *de Oblig. & action.* L. 252. D. *de Verb. Signif.* mithin erſtrecket ſich die Straff-Gewalt einer Obrigkeit keinesweges auf die innerliche Boßheit der Gedancken, L. 18. D. *de pœnis.* Ein Verbrechen wird hiernächſt eine ſolche That genennet, welche nicht erlaubt iſt, das iſt, welche wider die Rechte läufft, die ſolche verbieten, ſie mögen nun natürlich, oder unter den Völckern beſtimmet ſeyn. Wo demnach kein rechtliches Verbot vorhanden iſt, da findet ſich auch kein Verbrechen, da z. E. das Jagen noch ohne Verbot einem ieden frei ſtund: ſo war auch nicht möglich, daraus ein Verbrechen zu machen, wenn man einem Wilde nachſetzte, und daſſelbe nach geſchehener Erlegung zu ſeinem Unterhalt gebrauchte. So bald aber die Landes-Herren ihren Unterthanen disfalls in ihren Geſätzen ein Verbot auferlegten, ſo wurde nunmehro aus der Uebertretung ſolches Gebots ein Verbrechen gemacht, wovon der Hr. Cantzler von Ludwig in der *diſſertation de furto ferarum* nachdrücklich gehandelt hat. Ferner heißt es in der Definition, ein delictum ſey ſponte admiſſum. Denn zu einer Uebelthat gehöret ein freiwilliger und boßhaftiger Vorſatz, §. 7. *Inſt. h. t.* L. 1. §. 3. L. 7. & L. 14. D. *ad* L. *Cornel. de Sicariis.* Was wir dahero wider unſern Willen und gezwungener Weiſe anrichten, das iſt keine Uebelthat: mithin kan uns der daher entſtandene Schaden oder Unglücks-Fall nicht zugerechnet werden. So begehet z. E. ein Schieferdecker, welcher unter ſeiner Arbeit von einem Thurm herunter fällt, und durch ſolchen Fall ein Kind zu Tode quetſchet, keine Mordthat: weil bei demſelben kein boßhafter Vorſatz, ſolche Ertödtung zu begehen, unmöglich zu begreiffen iſt. Endlich wird hinzugefüget, daß man ſich durch ein Verbrechen ſo wol zu Erſetzung des angerichteten Schadens, als auch zu der beſtimmten Strafe verbindlich macht. Den Grund von dieſer Verbindlichkeit hat der berühmte GROTIVS *lib.* II. *de iure belli & pacis, cap.* 17. §. 22. vortreflich gewieſen. Wer dahero ein Verbrechen begehet, der richtet nicht nur andern Schaden

den zu, sondern vergehet sich auch wider die Gesätze: und deswegen ist er gehalten, den verursachten Schaden gut zu thun, und sich der von den Gesätzen bestimmten Strafe zu unterwerffen. Hieraus folget klärlich, daß man wegen einer jeden Uebelthat so wol auf die Ersetzung des Schadens, als auch auf die Strafe dringen könne. Wir haben aber bei der Ersetzung des Schadens nicht ohne Ursache hinzugefüget: *Si fieri potest.* Denn oft sind geschehene Dinge nicht zu ändern, und ein verursachter Schade ist nicht zu schätzen. Man hat z. E. einen Menschen ums Leben gebracht; diesen kan man nicht wieder lebendig machen, und der Verlust seines Lebens kan keinesweges auf einen gewissen Werth bestimmet und gesetzet werden: mithin findet die Ersetzung in solchem und dergleichen Fall keine Statt, und man muß allein mit der Strafe zufrieden seyn. Dieses war die Erklärung eines Verbrechens, und nunmehro schreiten wir 2) zu der Eintheilung der Verbrechen, welche wiederum gar unterschieden ist. Denn α) ist ein Verbrechen entweder verum oder quasi delictum. Jenes begehet man mit boßhaftigem Vorsatz, und dieses aus einem Versehen, oder aus einer Fahrläßigkeit. Gesetzt, ein Richter spricht mit gutem Vorbedacht und boßhafftigem Vorsatz ein widerrechtliches Urtheil: so begehet er ein delictum verum. Allein spräche er das ungerechte Urtheil aus Unverstand aus, weil ihm die Gesätze nicht besser bekannt sind: so wäre sein Versehen nur ein quasi delictum. Hierbei wird aber ein Vorwurf in Ansehung des damni iniuria dati, welches auch verum delictum genennet wird, da man doch solches so wohl aus Fahrläßigkeit, als mit vorgesetzter Boßheit zu begehen pfleget, auf die Seite geräumet werden müssen: denn ob man gleich die Klage nach dem Aquilianischen Gesätz, darnach die Umstände sind, bald aus einem vero, bald aus einem quasi delicto herleiten kan, so wird doch gedachte Benennung nur a potiori gemacht, wenn man einen solchen Schaden mit dem Namen eines delicti veri beleget. S. THOMASII *Adnot. ad* B. HVBERI *Prælect. Instit. lib.* IV. *Tit.* III. §. 3. Es ist hiernächst ein verum delictum entweder publicum oder privatum. Publicum wird dasjenige genennet, welches der Sicherheit und dem Besten der Republik zuwider läufft, und daher auch andern zum Abscheu mit einer öffentlichen Straffe beleget wird, z. E. das Verbrechen der beleidigten Majestät, Mord, Raub, Brand, Nothzucht, u. d. m. Dagegen ist delictum privatum ein solches Verbrechen, wodurch einem jeglichen insonderheit an seinem Vermögen Tort und Schaden gethan wird, und dahero auch nur in Ansehung des Beleidigten eine besondere Straffe verdienet. Jene, nemlich öffentliche Landes-Verbrechen, werden hier keinesweges, sondern in dem letzten Titul dieses vierten Buchs abgehandelt: diese aber, welche die Römer nach ihrer Landes-Verfassung für delicta privata ausgaben, sind Diebstahl, Raub, Tort und Schimpff, und

werden in eben so vielen Tituln abgehandelt. Endlich ist ein delictum publicum entweder ordinarium oder extraordinarium. Jenes ist, weswegen ein eigenes Gesätz eine gewisse und ordentliche Straffe ansaget: dergleichen Gesätze wir haben an den LL. *Iuliis Maiestatis, de adulteris, de vi publica & privata, repetundarum, de ambitu;* ferner an den LL. *Corneliis de sicariis & veneficis, de falsis*, wie auch an L. *Pompeia de parricidiis*, und endlich an L. *Fabia de plagiariis*. Alle solche Verbrechen nun heissen delicta ordinaria publica, und auch unterweilen crimina, dagegen nennt man ein delictum publicum extraordinarium, wovon kein besonderes Gesätz vorhanden ist, ob es gleich eine ordentliche Straffe verdienet. Also gab es z. E. kein besonderes Gesätz wegen derjenigen, welche die Nil-Dämme zerrütteten; und dennoch, weil dergleichen Unthat andere zu schändlicher Boßheit verleiten konte, so wurde ein solcher Uebelthäter ausserordentlich mit dem Feuer bestraffet, und lebendig verbrannt. Deswegen heißt solches Verbrechen ein delictum extraordinarium. Nach geendigter Eintheilung der Verbrechen und Uebelthaten folget 3) zu untersuchen, was und wie vielerlei Klagen aus einem jeden Verbrechen entstehen. Da wir nun gehöret haben, ein Uebelthäter verbinde sich so wohl zu Ersetzung des verursachten Schadens, als auch zu der bestimmten Straffe (§. 1033.) so haben wir so wol actiones rei persequutorias, als auch pœnales. Vermittelst jener verlangen wir die Ersetzung des erlittenen Schadens, vermittelst dieser aber, daß die bestimmte Straffe an dem Ubelthäter vollstrecket werde. Also suchet man vermittelst der condictionis furtivæ nichts anders, als daß die gestohlene Sache wieder herbei geschaffet werde, oder der Werth derselben erleget werde, deswegen heisset sie actio rei persecutoria. Dagegen dringe ich mit der actione furti auf das duplum oder quadruplum, und dieses begreifet die Bestrafung des Diebes, mithin ist diese Klage actio pœnalis. Es finden sich aber unter diesen zwei Klagen unterschiedliche Beschaffenheiten. Denn 1) finden actiones rei persequutoriæ auch wider die Erben statt, nemlich in Ansehung dessen, was von der gestohlenen Sache an sie von der Erbschafft gekommen ist, L. *un. Cod. ex del. def. her. quemad. conven.* Dagegen kan man mit actionibus pœnalibus auf keinen Erben losgehen: es wäre denn, daß der Verstorbene den Krieg Rechtens schon befestiget hätte. (§. 1019.) 2) Actiones rei persequutoriæ infamiren nicht, wohl aber actiones pœnales. 3) Mit den actionibus rei persequutoriis kan man vielen Uebelthätern zugleich auf den Hals gehen, damit der gantze Schade ersetzet werde: doch wenn einer die Ersetzung übernimmt, so werden die andern von allem Anspruch quitt und frei. Durch actiones pœnales werden alle und jede Missethäter zu Erlegung und Uebernehmung der Straffe angehalten, mithin werden die andern durch die Straffe des einen keinesweges frei. Und hieraus erhellet von selbst, daß sich actiones pœ-

nales und rei persequutoriæ nicht in Wege stehen, und also zugleich angestellet werden können, L. 34. §. 2. D. *de Oblig. & action.* Der Grund hiervon findet sich §. 1033. Ich setze nur noch dieses hinzu, daß nicht aus allen Verbrechen actiones rei persequutoriæ und pœnales erwachsen: weil in den mehresten Fällen nur eine und eben dieselbe so wol die Bestraffung, als auch die Ersetzung des zugefügten Schadens auswircket.

§. 1039-1046. Nachdem wir nun dieses zum voraus gemeldet haben: so schreiten wir nunmehro zu dem Diebstahl, als dem ersten Privat-Verbrechen. Und deswegen werden wir zu handeln haben, 1) von der eigentlichen Beschaffenheit eines Diebstahls, §. 1039-1046. 2) Von den mancherlei Arten desselben. §. 1047-1060. 3) Von den aus diesem Verbrechen herrührenden Klagen. §. 1061-1065. 4) Von dem heutigen Rechts-Gebrauch, wie nemlich die Diebe bei uns bestrafet werden. §. 1066-1070. Wir lernen dannenhero 1) die eigentliche Beschaffenheit eines Diebstahls aus der uralten Erklärung desselben, welche wir im §. 1. *Inst. h. t.* antreffen, nemlich furtum est contrectatio fraudulosa lucri faciendi caussa, vel ipsius rei, vel etiam usus eius possessionisve, quod lege naturali prohibitum est admittere. Fast eben dergleichen Erklärung des Diebstahls findet sich in L. 1. §. 3. D. *de furtis.* Wir sagen demnach, ein furtum sey eine contrectatio: warum nennet man solches nicht vielmehr ablatio? Antw. Weil nicht nur derjenige, welcher eine Sache wircklich entwendet hat, sondern auch der, welcher sie auch nur berühret hat, dieselbe hinweg zu nehmen, wenn er sie gleich noch nicht mit sich hinweg genommen hat, mit dem Namen eines Diebes beleget wird. Gesetzt also, ich ertappe einen Dieb in meinem Haus auf frischer That, da er die Sachen noch nicht mit sich hinweg geschleppet hat: so ist er dessen ungeachtet des furti manifesti schuldig. Hieraus schliessen wir so gleich folgender maassen, α) derjenige, welcher sich in ein Haus geschlichen hat, aber noch nichts habhaft worden ist, ist eigentlich noch kein Dieb, sondern die Römer nenneten ihn directarium, und belegten denselben mit einer ausserordentlichen Straffe, weil er noch nichts berühret hatte, L. 7. D. *de extraord. crim.* β) Ein bloser Gedancke macht noch keinen zum Diebe, wo nicht auch die Vergreiffung an fremden Sachen hinzu gekommen ist, L. 1. §. 1. D. *de furtis.* L. 18. D. *de pœnis.* γ) Die actio furti hat nur alsdenn statt, wenn sich der Dieb wircklich an eines andern Habseligkeiten vergriffen hat, L. 21. *princ.* D. *de furtis.* Und gehet nur so weit, als sich etwa der Schaden des Diebstahls erstrecket. Diesen Satz stellen wir einigen alten Rechtsgelehrten entgegen, welche sich das Stoische principium verleiten liessen, nach welchem sie dafür hielten, es wäre ein Verbrechen so leicht und so schwer, wie das andere. Daher hielten sie denjenigen eben für so strafffällig, welcher ein einziges

Körnlein von einem Haufen Getreide heimlich hinweg genommen hatte, als wenn er den gantzen Hauffen entwendet hätte. Solche ungereimte Meinung verlachet HORATIVS deswegen *lib.* I. *Serm. Sat.* III. *v.* 115. seqq. folgender gestalt:

Nec vincet ratio hoc tantumdem ut peccet idemque,
Qui teneros caules alieni infregerit horti,
Et qui nocturnus divûm sacra legerit.

Ferner heisset es, ein furtum sey contrectatio fraudulosa, nicht allein darum, weil zu einem jeden Verbrechen ein boßhafter Vorsatz erfordert wird, (§. 1034.) sondern damit man den Diebstahl von dem Raube unterscheidet, als welcher keine hinterlistige, wohl aber, eine gewaltsame Entwendung ist. Und hieraus schliessen wir, δ) daß kein toller noch blödsinniger Mensch, vielweniger Kinder und Knaben oder Mägdgen unter dem 12ten Jahr dieses Verbrechens schuldig werden können, §. 18. *Inst. h. t.* L. 23. D. *de furtis*, weil sie noch keiner vorsetzlichen Boßheit fähig zu seyn scheinen. ε) Daß ein pubertati proximus, dessen Boßheit den Mangel der Jahre ersetzet, gar wohl als ein Dieb wegen eines Diebstahls angesehen und bestraft werden könne. L. 23. D. *cit.* ζ) Daß die äusserste Noth einen jeden von dem Verbrechen des Diebstahls befreie und entschuldige, wenn er sich an fremden Sachen vergreiffet. Diesen Lehrsatz bestärcken alle grosse Meister in dem natürlichen Recht, und unter denselben GROTIVS *de iure belli & pacis lib.* II. *cap.* II. §. 6. Ja es stimmet auch selbst das ius canonicum damit überein, c. 3. X. *de furtis.* c. 26. *dist.* 7. *de Consecratione.* Allein VALENTIN ALBERTI hegt in seinem *compendio iuris naturalis orthodoxiæ conformato* eine gantz andere Meinung, indem er dafür hält, daß uns die äusserste Noth nicht von Sünden frei spreche, und wenn wir ein kleineres Uebel zu thun erwehlen müsten, da das eine in die Sitten-Lehre, das andere aber in die Natur-Lehre gehörete, so müsse man das letztere für das geringere halten, und deswegen lieber Hungers sterben, als jemanden ein Stück Brodts wider desselben Willen veruntreuen. Gewiß eine strenge Weltweißheit. Denn er sagt ausdrücklich, mit der äussersten Noth könne man keine Sünde entschuldigen; und stehet in den Gedancken, man müsse lieber ein Uebel, das wider die Natur-Lehre liesse, erwählen, als daß man sich wider die Sitten-Lehre vergehen solte. Aber hierbei ist die Frage, ob man einen Diebstahl aus Noth ein Uebel wider die Sitten-Lehre, oder auch eine Sünde nennen könne. So viel ist gewiß, es mangelt hier an einem boßhaften Vorsatz. Ein solcher unglücklicher Mensch ist nicht gemeinet, mit jemandes Schaden reicher zu werden, sondern er suchet sein Leben zu erhalten. Daß nun dergleichen nothdürftige Entwendungen nicht als ein Diebstahl angesehen werden können, erhellet unter andern auch daraus, daß, wie GROTIVS

selbst

ſelbſt gar nachdrücklich darthut, daß zur Zeit der äuſſerſten Nothdurft die allererſte Gemeinſchafft aller Dinge gleichſam wiederum aufwache. Wir ſagen nun in der Erklärung des Diebſtahls ferner, es ſey derſelbe eine Vergreiffung an einer fremden Sache, contrectatio rei alienæ. Wenn man nicht das Eigenthums-Recht der Habſeligkeiten eingeführet hätte: ſo würde man ſich auch von dem Diebſtahl nicht den geringſten Begriff machen können. Daher ſehen wir nun, *a*) warum man keinen Diebſtahl an ſeiner eigenen Sache begehen könne. Hier möchte uns aber jemand einen Einwurf machen, daß deſſen ungeachtet derjenige Schuldner, welcher ſeinem Gläubiger das von ihm ſelbſt dargebrachte Unterpfand entwendet, und alſo ſeine eigene Sache ſtiehlet, für einen Dieb zu ſchelten ſey, da er doch von dem Unterpfand der Eigenthums-Herr wäre. Aber wir antworten hierauf, ein ſolcher Schuldner ſey allerdings ein Dieb, doch nicht ratione rei contrectatæ, ſondern er begehe ein furtum poſſeſſionis, mithin, da wir hier von dem furto rei alienæ reden, fällt der gemachte Einwurf von ſelbſt übern Hauffen. Und um ſo vielweniger wird *b*) ein Diebſtahl begangen, wenn man eine rem nullius an ſich nimmt, weil ſolche allen Rechten nach demjenigen zuſtehet, welcher ſie findet, und durch wirckliche Ergreiffung ſich zueignet (§. 343). Hieraus nun erhellet, und iſt offenbar, warum derjenige, welcher ſich an einer erbloſen Erbſchafft vergreifet, mit dem Namen eines Diebes nicht beleget werden könne, weil nemlich dieſelbe in ſolchen Umſtänden, ſo lange ſie niemand angetreten hat, auch niemanden zugehören kan, L. 68. D. *de furtis*. Jedoch da derjenige, welcher etwas aus einer ſolchen Erbſchafft entwendet, eine böſe That begehet: ſo hat man daraus ein neues und mit einem auſſerordentlichen Namen belegtes Verbrechen gemacht, und ſolches crimen expilatæ hereditatis genamt. Daraus iſt ferner der Schluß zu machen, *c*) daß Eheleute, welche ſeit währenden Eheſtandes einander etwas entwenden, keinen Diebſtahl zu begehen ſcheinen. Denn ein Ehegatte hat des andern Habſeligkeiten wegen des gemeinſchafftlichen Gebrauchs, und bei uns Teutſchen wegen der Gemeinſchafft der Güther, worin ſie ſich ihres Theils Zeit Lebens befinden, nicht für fremdes Guth anzuſehen. Geſchähe es aber, daß ein Ehegatte bei bevorſtehender Eheſcheidung von des andern fahrenden Habe etwas heimlich auf die Seite ſchaffte, und veruntreuete: ſo hat der verkürtzte Ehegatte an ſtatt der actionis furti die actionem rerum amotarum zur Hand zu nehmen, vermittelſt welcher er blos auf die Erſetzung der veruntreueten Habe klagen kan, ohne dem andern dadurch einen Verluſt an ſeinem guten Namen, und damit verknüpften Gerechtſamen über den Hals zu ziehen. Es iſt ferner hieraus abzunehmen, *d*) daß ein Sohn, welcher ſich an ſeines Vaters Habe vergreiffet, da er noch unter der väterlichen Gewalt iſt, nemlich quoad effectum civilem, oder in Anſehung des bürgerli-

gerlichen Rechts keinen eigentlichen Diebstahl begehe. Denn nach den Grundsätzen der Sitten-Lehre ist ein solcher Sohn, welcher dem Vater etwas heimlich entwendet, allerdings ein Dieb: aber das bürgerliche Recht spricht ihn von der Straffe des Diebstahls frei, und der Vater hat keine Befugnis, wider seinen Sohn, welcher ihm die Sachen heimlich aus dem Hause geschleppet hat, die actionem furti deswegen anzustellen, §. 12. *Inst. h. t.* Denn ein Sohn wird bei Lebzeiten seines Vaters einiger maassen als Eigenthums-Herr zugleich mit dem Vater über die väterlichen Güther angesehen (§. 587.), worzu noch hinzu kommt, daß, da Vater und Sohn für eine Person gehalten werden, zwischen denselben keine Klage entstehen könne (§. 139. VII.) L. 16. D. *de furtis.* Vergreifft sich demnach ein solcher unartiger Sohn an seines Vaters Habseligkeit: so ist dessen tadelhaffte Aufführung wegen Theilnehmung an dem Eigenthums-Recht über die Habe, welche er hat erwerben helffen, keine contrectatio rei alienæ zu nennen. Wir haben endlich in der Erklärung des Diebstahls noch hinzu gesetzet, daß ein Diebstahl geschehe lucri faciendi causa: daß nemlich dieses bei solcher Unthat hauptsächlich erfordert werde, daß man eines andern Sache heimlich und boßhafter Weise deswegen entwende, damit man mit des andern Schaden reicher werde. Es können also diejenigen mit nichten eines Diebstahls bezüchtiget werden, welche, wie wir oben bereits gedacht haben, in der äussersten Noth etwas heimlich entwenden: vielweniger ist der ein Dieb zu nennen, welcher bei den Römern eine leibeigene Magd, seine Lust an ihr zu büssen, auf die Seite geschaffet hat. Ja es findet auch wider diejenigen die actio furti keine statt, welche jemanden, blos um ihm einen Schaden oder Schimpf zuzufügen, eine Sache heimlich hinweggenommen haben. Denn im erstern Fall stehet uns actio ex L. Aquilia zu, L. 5. §. *ult.* L. 41. D. *ad* L. *Aquiliam*; andernfalls aber haben wir actionem iniuriarum vor die Hand zu nehmen, L. 53. *princ.* D. *de furtis.*

§. 1047-1060. So viel von der Natur und Eigenschafft eines Diebstahls: nunmehro folgen 2) die unterschiedenen Eintheilungen derselben, ob wir gleich die meisten bey uns nach unsern Rechten nicht antreffen werden. Für das erste geschiehet ein Diebstahl entweder an der Sache selbst, welche man gantz und gar heimlich entwendet, oder an dem Gebrauch eines andern Sache, oder auch an dem Besitz derselben. Solchemnach wird ein Diebstahl begangen, wenn uns etwas von unserer fahrenden Habe, oder beweglichen Gütern heimlich entwendet wird: aber wenn man uns mit Gewalt von liegenden Gründen, oder unbeweglichen Gütern treibet, das heißt eine Gewaltthätigkeit und kein Diebstahl, wovon wir in den Pandekten einen eigenen Titel haben, nemlich *de vi publica & privata.* Es werden aber unter der Benennung der beweglichen Sachen nach dem Römischen

mischen Recht nicht allein solche Dinge verstanden, welche leblos sind, sie mögen einen wichtigen oder geringen Werth betragen, und die man gar bequem von einem Ort zum andern bringen kan, oder die auch wircklich ein Leben haben, als Pferde, Kühe und Geflügel, §. 2. *Inst. de Usucap.* L. 38. D. *eod.* L. 25. D. *de furtis.* L. 5. §. *pen.* D. *de adquir. rer. domin.* §. 15. & 16. *Inst. de rerum diuis.* §. 3. *Inst. h. t.* L. 14. §. *ult.* L. 25. L. 37. D. *de furtis. Nov.* 96. *cap.* 1. L. 14. §. 2. D. *de condict. furtiva*, sondern auch Haus-Kinder filii familias, leibeigene Knechte und Mägde werden mit dazu gerechnet (§. 135. 2. §. 77.) §. 9. *Inst. h. t.* L. 14. §. 13. L. 38. §. 1. D. *de furtis.* und an solchen allen kan vornemlich ein furtum rei begangen werden, wenn es nemlich vorgenommen wird animo lucri faciendi. Wer dahero freie Leute, die ihre eigene Herren sind, oder auch flüchtige Knechte heimlich hinwegführen wolte, der beginge keinen Diebstahl, sondern ein plagium, L. 1. L. 2. L. 6. §. 2. D. *ad L. Fabiam. de Plagiariis.* Siehe unten §. 1368. Hiernächst wird furtum usus begangen, wenn jemand eines andern Sache ohne desselben Wissen und Willen zur Ungebühr gebrauchet. So stiehlet z. E. derjenige, welchem man eine Sache zur Verwahrung anvertrauet hat, ein depositarius, den Gebrauch der anvertrauten Sache, deren er sich zu seinen Nutzen bedienet, ohne deshalben von dem Eigenthums-Herrn Erlaubnis darzu zu haben, indem seine Schuldigkeit erfordert, die Sache ohne Gebrauch bei sich in Verwahrung zu behalten, L. 40. princ. L. 54. L. 76. *princ.* D. L. 7. *Cod. de furtis.* §. 6. *Inst. h. t.* L. 5. §. 7. D. *commodati.* Eines furti usus gedencket VALERIVS MAXIMVS *lib.* VIII. *cap.* 2. und GELLIVS *lib.* VII. *Noct. Attic. c.* 15. welchen derjenige vor Zeiten begangen habe, welcher mit einem gelehnten Pferde ausser der verabredeten Stadt Arezzo nur vor das Thor auf eine Anhöhe geritten wäre. Sogar strenge hielten die alten Römer über eines jeden rechtliche Gebühr, daß sie auch wegen der geringsten Ausschweiffung in dem Gebrauch einer fremden Sache ein strafbares furtum usus gefunden zu haben meineten. Nun folget das furtum possessionis, da jemand seine eigene Sache heimlich entwendet, die ein anderer rechtmässiger Weise besitzet, L. 74. D. *de furtis.* L. 1. §. 15. D. *Si is, qui testam. lib.* Es hat z. E. *Titius* auf ein Darlehn von 20. Thaler seine Uhr zum Unterpfand übergeben: aber von ohngefehr kommt er zu seinen Gläubiger, und erwischet hinter seinen Rücken das Unterpfand, und gehet davon, so begehet also *Titius* wircklich ein furtum possessionis, L. 19. §. 15. D. *de furtis.* §. 10. *Inst. h. t.* Was nun bei diesen dreierley Diebstahlen unsere Teutsche Rechte anbelanget, so ist in Ansehung des furti rei ein Unterschied zu halten, ob es Sachen von Wichtigkeit oder geringen Werth, die gestohlen seynd. Im ersten Fall wird ein wichtiger Diebstahl keinesweges, wie bey den Römern, als ein delictum privatum, sondern

sondern als ein öffentliches Landes-Verbrechen angesehen, wovon wir am Ende des Titels etwas deutlicher zu reden haben werden. Dagegen heißt es bei Kleinigkeiten bei uns: minima non curat Prætor. Uns ist es etwas ungewöhnliches z. E. wegen Eß-Waaren, woran sich unser Gesinde vergriffen hat, eine Klage anzustellen: zugeschweigen, daß die gewöhnlichen Gerichts-Kosten gar oft mehr als die gestohlenen Sachen betragen würden. Anlangend das furtum usus, so ist gewiß, daß solches auch schon in den alten Teutschen Gesätzen vorkommt, nemlich in L. *Burg. Tit.* IV. §. 7. 8. *addit.* I. *Tit.* XVII. Und wer sich noch heutiges Tages so unverschämt beweisen würde, daß er z. E. eine gelehnte Sache zur Ungebühr gebrauchen wolte, oder auch sich unterstünde, Gelder, die er an andere abgeben solte, zu seinen Nutzen anzuwenden: ingleichen, wenn Cassen-Bediente und Rentbeamten, als Schösser, Einnehmer, Verwalter, Vögte, und dergleichen, das eingekommene Geld zu ihren Gebrauch anzuwenden sich erkühnen wolten, so ist gewiß, daß dergleichen Untreue nach befundenen Umständen nicht allein dergestalt angesehen werde, daß man dem Beleidigten wegen des ungebührlichen Gebrauchs gut kommen und das verwendete Geld wieder herstellen müsse, sondern auch der Verlust des von einem Cassen-Bedienten bisherigen gemißbrauchten Amtes, und, wo es nöthig ist, Leib- und Lebens-Strafe in den Landesherrlichen Verordnungen darauf gesetzet ist. Was nun das furtum possessionis anbelanget, so findet sich hiervon gleichfalls eine Stelle im L. *Wisigoth. Lib.* V. *Tit.* V. §. 2. *Si quis pignus alteri deposuerit pro aliquo debito, & illud ipse, qui deposuerit, furatus fuerit, pro fure teneatur.* Allein diese Verordnung scheinet offenbar aus dem Römischen Recht genommen zu seyn, und ist nicht leicht zu vermuthen, daß dieses furtum bei dem Mangel so vieler Habseligkeiten, dergleichen wir heutiges Tages gebrauchen, oft im Schwange gewesen seyn könne: nicht zu gedenken, daß die Teutschen, welche den Diebstahl jederzeit sehr hart bestrafet haben, und einander alle Treue erwiesen, mithin das furtum possessionis so leicht nicht hat geschehen können. Im übrigen ist heutiges Tages soviel gewiß, daß das furtum usus und possessionis im gemeinen Leben bei uns und ausser gedachten Landesherrlichen Cassen-Bedienten keinesweges als ein Landes-Verbrechen angesehen und bestrafet werde: sondern man klaget desfalls blos ad id, quod interest, und ist zufrieden, wenn der übermässige Gebrauch der vermietheten oder gelehnten Sache vergütet wird, und man im übrigen das veruntreuete Geld wiederum erhalten kan. So gehet man auch wegen des entwendeten Unterpfandes bei Verklagung des Schuldners nur so weit, daß man durch Aushändigung eines anderweitigen Unterpfandes gesichert ist. Wir wenden uns nunmehro wiederum zu den Römischen Gesätzen, und sehen daselbst,

wie

wie vielerlei Gattungen des Diebſtahls weiter vorkommen. Es wurde nach den LL. XII. *Tabb.* ein furtum wiederum getheilet in manifeſtum, nec manifeſtum, conceptum, oblatum, prohibitum, non exhibitum. Bei welchen Benennungen wir zu merken haben, daß das Wort furtum ſo viel, als die geſtohlene Sache ſelbſt, bedeute. Dannenhero heiſt furtum manifeſtum, da ein Dieb auf friſcher That ertappet, oder ehe er die geſtohlene Sache an Ort und Stelle gebracht hatte, ergriffen wurde. Dergleichen Diebſtahl beſchreibt uns VIRGILIVS in ſeiner *Ecloga* III. *v.* 17. ſeqq.

Non ego te vidi Damonis, peſſime, caprum
Excipere inſidiis, multum latrante Lyciſca?
Et quum clamarem: quò nunc ſe proripit ille?

Dieſe Art Diebſtahl wurde wegen der Gefahr, welche einem Eigenthümer bevorſtund, härter, nemlich mit dem Quadruplo beſtraft: weil ein ertappter Dieb gemeiniglich aus Verzweifelung, indem man ihn ergreiffet, ſich zur Wehre ſtellet, und folglich der, welcher ſich ſeiner habhaft machen will, Lebens-Gefahr auszuſtehen hat. Es thun demnach diejenigen den Römern zu viel, welche dafür halten, man habe nach ihren Rechten die Dreiſtigkeit und unbedachtſamen Einfall eines furis manifeſti ſo hart in der Beſtrafung angeſehen: da es doch einzig und allein deswegen geſchehen iſt, weil ein ſolcher Dieb, wenn er Gewehr bei ſich führet, ein allzugefährlicher Kerl zu ſeyn ſcheinet. Denn weil die Gefahr bei dem furto nec manifeſto hinweg fällt, ſo hat auch bei ihnen eine geringere Strafe ſtatt gefunden, daß er nur das duplum zu erſetzen hatte. Und dieſe gelinde Beſtraffung war dahero gar nicht als eine Belohnung ihrer angewandten Liſt und Behendigkeit anzuſehen, wie etwa der Aberwitz einigen Feinden des Römiſchen Rechts hat eingeben wollen. Aber nunmehr zu ſagen, was furtum nec manifeſtum ſey, ſo wird mit dieſer Benennung derjenige Diebſtahl beleget, dabei man den Dieb ſelbſten nicht auf friſcher That ertappet hat, und er alſo mit der geſtohlenen Sache unvermerckt an Ort und Stelle gekommen iſt, §. 3. *Inſt. h. t.* Hiernächſt nennte man furtum conceptum, wenn man die geſtohlene Sache durch die bei den Römern gebräuchliche Hausſuchung aufgeſuchet und wircklich gefunden hat, §. 4. *Inſt. h. t.* Die Hausſuchung ſelbſt betreffend, welche per lancem & licium geſchahe, findet man in unſern *Antiquitatibus Romanis Lib.* IV. *Tit.* I. §. 13. ſeqq. Hatte ſich nun der ſolchergeſtalt geſuchte Diebſtahl gefunden: ſo wurde der, bei welchen die geſtohlene Sache gefunden ward, des furti concepti ſchuldig, und dieſelbe nach den LL. XII. *Tabb.* dreifach, nachmals aber nur doppelt, zu erſtatten angehalten. GELLIVS *lib.* XI. *Noct. Attic.* c. 18. Dieſe Gewohnheit hat man bei uns nicht aufkommen laſſen, daß man einen, der beſtohlen iſt, eine eigenmächtiger Weiſe unter-

unternommene Hausſuchung wegen des verübten Diebſtahls thun laſſen ſolte: ſondern man muß ſolche gerichtlich ausgebracht haben, da denn die Gerichts-Bediente, ſamt denen Knechten, im Namen der Gerichten eine Hausſuchung vornehmen. Das furtum oblatum iſt, wenn ein Dieb die geſtohlene Sache einem andern zuſtellt, oder auf eines andern Grund und Boden von ſich wirfft, damit dieſelbe vielmehr bei dieſen, als bei ihn ſelbſt, gefunden werden möchte, §. 4. *Inſt. h. t.* fand ſich alſo der Diebſtahl, und es kam zugleich heraus, wer ſolchen verübt hatte: ſo muſte er ſelbigen dreifach erſetzen, welches freilich auf nichts anders als auf Strafe und Buſſe hinaus lief. GELLIVS *l. c.* und PAVLLI *Recepta ſententiæ Lib.* II. *Tit.* XXXI. §. 45. Furtum prohibitum nennte man hiernächſt denjenigen Diebſtahl, da jemand die geſtohlene Sache bei der angeſtellten Hausſuchung bei ſich nicht hatte wollen ſuchen laſſen. Mit was für einer Strafe ein ſolcher beleget worden ſey, ſolches iſt noch nicht ausgemacht, ob es gleich wahrſcheinlich iſt, daß er das geſtohlene doppelt habe erſetzen müſſen. Endlich heiſſet noch furtum non exhibitum, da einer boshaffter Weiſe läugnet, daß er die geſtohlene Sache bei ſich habe, dieſelbe auch nicht herausgiebet, ob man ſie gleich hernachmals bei ihm antrifft. §. 4. *Inſt. h. t.* Daß bei dieſen Diebſtahl das Geſtohlene hat doppelt erſetzet werden müſſen, ſolches erhellet aus dem (§. 1058.): Und inſonderheit beweiſen wir dieſes aus PLAVTI *Pœnul. Act.* III. *Scen.* I. *v.* 54. ſeq. alwo ſich die Schrift-Richter unbeſchreibliche Mühe gegeben haben, dieſe Stelle in ein rechtes Licht zu ſetzen. Es finden ſich aber hiervon noch unterſchiedene Oerter in PLAVTO, nemlich in *Pœnul. Act.* I. *Scen.* I. *v.* 55. wie auch *Act.* III. *Scen.* IV. *v.* 27. *Act.* III. *Scen.* V. *v.* 39. und endlich *Act.* V. *Scen.* VI. *v.* 14. Allein daß dieſe vier Arten des Diebſtahls in den Rechten vorlängſt ſchon nicht mehr gebräuchlich geweſen, ſolches bezeiget *Juſtinianus* ſelbſt cit. §. 4. *Inſt. h. t.* Bei uns verfähret die Obrigkeit in ſolchen und dergleichen Fällen jederzeit nach Beſchaffenheit des Verbrechens, und nach unterſchiedenen Umſtänden, auſſerordentlich, d. i. es bleibet der Klugheit und Einſicht des Richters anheim geſtellet, was bei ſo befundenen Umſtänden zu thun, oder zu laſſen ſey. Nur iſt zu bedauren, daß die geſtohlenen Sachen zum öftern durch die häuffige Gerichts-Koſten zu Waſſer gemacht werden, und der Beſtohlene wohl noch gar gezwungen iſt, wenn ſolche nicht zureichen, zu Beſtreitung des Aufwandes den Beutel zu ziehen. Endlich haben wir auch einen Unterſcheid zwiſchen dem furto diurno und nocturno zu machen. Jener wird alſo genennt, weil er bei Tage verübet wird: dieſer aber, weil man ihn bei nächtlicher Zeit ins Werck richtet; Weswegen auch ſolche Nacht-Diebe bei den Römern dormitatores genennet wurden, indem ſie des

Tages

Tages über zu ſchlaffen, aber des Nachts über zu ſtehlen pflegten. Von dem nächtlichen Diebſtahl iſt inſonderheit dieſes zu mercken, daß man einen ſolchen Dieb bei den Römern zu tödten befugt war; nur muſte der occidens Lermen machen, und die Nachbarn dadurch herbei ruffen, mit dieſen Worten: *Quirites, veſtram fidem, Quirites!* Und ſolches Geſchrei wurde daher *Quiritatio* genennet: weil Quiritari ſo viel bedeutete, als bey uns um Hülffe ſchreien. Und dieſe Verordnung findet ſich nicht allein in den LL. XII. *Tabb.* in unſern Geſätzen L. 54. §. 2. D. *de furtis*, L. 9. D. *ad* L. *Corn. de Sicariis*, wie nicht weniger bei den Athenienſern in dem Geſätz *Solonis*, ſondern auch ſo gar in dem Göttlichen Recht *Exod.* XXII, 3. ſo, daß man ſich billig verwundern muß, wie ſo gar dieſe Geſätzgeber hierbei mit einander übereinſtimmen. Wie hält es aber nun mit unſern Verhalten bei einem Diebe, den wir bei Tage ertappen, können wir denſelben wohl auch umbringen? Keinesweges, weil wir bei Tage leicht andere zu Hülffe ruffen können, welches bei nächtlicher Zeit zum öftern nicht wohl angehet. Ein einziger Fall aber erlaubet uns einen ſolchen Dieb zu tödten, wenn er ſich nemlich mit tödtlichen Gewehr verſehen hat, dabei wir Gefahr lauffen können. Ja wir ſetzen noch den Fall hinzu, daß auch derjenige einen ſolchen Dieb zu erlegen Befugnis haben müſſe, welcher in Einöden wohnet, da er ſich anderer Hülffe nicht zu getröſten hat. In ſolchen und dergleichen Fällen muß uns allezeit erlaubt ſeyn, diejenigen Mittel zur Hand zu nehmen, wodurch wir uns aus Gefahr und Noth helffen und erretten können.

§. 1061. 1065. Nunmehro folgen diejenigen Klagen, mit welchen wir von Rechtswegen denen Dieben zu Halſe gehen. Wir ſind aber, vermöge des Rechts, befugt, die Diebe entweder civiliter oder criminaliter zu belangen. Erwehlen wir den erſten Weg, ſo laſſen wir den Dieb entweder zu einer Geld-Strafe, oder zu Ausantwortung der geſtohlenen Sache anhalten: andernfalls aber ſuchen wir ihn mit einer Leibes-Strafe zu belegen. Belangen wir nun einen Dieb civiliter, ſo geſchiehet ſolches vermittelſt einer actionis rei perſequutoriæ, daß uns derſelbe das geſtohlene wieder heraus zu geben ſchuldig ſey; oder wir halten ihn durch actionem pœnalem zu Erlegung einer Geld-Strafe an, welche bei den Römern den Beſtohlenen zu gute kommen muſte. Die actio rei perſequutoria num, welche aus dieſem Verbrechen entſpringet, heiſſet condictio furtiva, von welcher wir etwas ſonderbares zu merken haben. Denn es findet ſich ſonſt in unſern iure civili folgende Rechts-Verordnung: Nemo rem ſuam condicit, ſed vindicat, d. i. niemand klaget zu Ueberkommung ſeiner eigenen Sache vermittelſt einer perſönlichen Klage, ſondern er muß hierzu eine actionem realem zur Hand nehmen. §. 14. *Inſt. h. t.* Allein im gegenwärtigen Fall hat man den Dieben

zum Tort und Verdruß einigermaassen über die Schnur gehauen, damit man ihnen mit destomehr Klagen zu Leibe gehen könne. Daher ist man befugt, die gestohlene Sache entweder zu vindiciren, oder durch condictionem furtivam dem Diebe wieder abzufordern. Vindiciren kan man sie von einem jeglichen Besitzer: und durch eine persönliche Klage dem Diebe selbst oder dessen Erben abfordern. Dannenhero stehet condictio furtiva dem bestohlenen Eigenthums-Herrn keinesweges aber einem andern zu, als worin sie von der actione furti unterschieden ist, wider den Dieb oder dessen Erben, daß entweder die gestohlene Sache oder deren Werth restituiret werde. Und weil diese Klage ist rei persecutoria, so gehet der Beklagte seines guten Namens und der damit verknüpften Gerechtsamen keinesweges verlustig, L. 36. D. *de Oblig. & Action.* Hiernächst kan auch actio pœnalis gegen einen Dieb angestellet werden: und diese heisset actio furti. Es unterscheidet sich aber dieselbige von der vorigen auf mancherlei Weise. Denn a) kam jene nur dem bestohlenen Eigenthums-Herrn zu; aber diese kan auch derjenige gebrauchen, dem nur einigermassen durch den Diebstahl ein Schade geschehen ist, und der einem Eigenthums-Herrn der gestohlenen Sache davon Red und Antwort zu geben hat, z. E. ein Walckmüller, dem ein Stück Tuch, welches man ihm zur Zubereitung übergeben hat, gestohlen worden ist: und so gleichfalls diejenigen Personen, welche für die Sachen anderer Leute stehen müssen, denen kommt auch die actio furti zu, §. 17. *Inst. h. t.* b) Jene kan auch wider die Erben des Diebes angestellet werden; weil sie auf die Herausgebung der Sache gehet; diese aber kan kan man wider die Erben nicht gebrauchen (§. 1058). c) Jene gehet nur auf die einfache Erstattung: diese aber gehet ad pœnam dupli & quadrupli, nachdem nemlich das furtum nec manifestum oder manifestum ist. d) Jene infamiret nicht: aber diese bringet einen Dieb um alle Ehre und Rechte. Man hat solchen Unterscheid wohl zu mercken, und anbei auch dieses in acht zu nehmen, daß man alle beide Klagen nutzen konte, und also keine die andere aufhob. Wenn man demnach durch die actionem furti die Strafe von dem Diebe ausgezahlt bekommen hatte, so war es auch erlaubt, ihn durch condictionem furtivam zur Herausgebung der gestohlenen Sache zu nöthigen, und so war es auch vergönnt, nach geschehener Auslantwortung der gestohlenen Sache den Dieb noch überdem zur Strafe anzuhalten. Auf solche Weise war es nicht erlaubt wider einen Dieb condictionem furtivam und rei vindicationem, desgleichen actionem furti und persecutionem criminalem zugleich anzustellen. So verfuhr man mit den herausgebrachten Dieben civiliter. Wenn man nun criminaliter die Diebe extra ordinem belangete: so wurden solche entweder dem Fisco eine Geld-Strafe zu zahlen genöthiget, oder

oder sie wurden gegeisselt, man hackete ihnen die Hand ab, oder belegete sie sonst mit einer Leibes-Strafe, L. 6. D. *ad* L. *Iul. pecul.* Allein *Iustinianus* hat ausdrücklich verboten, den Leib eines Diebes zu verstümmeln oder sie am Leben zu bestrafen, und dagegen verordnet, daß man sie des Landes verweisen solle. Egregia severitas! quid vero gratius furibus exsilio? omnia sua secum portant: & non minus in exsilio furari possunt, quam domi.

§. 1066. 1070. Nun ist noch übrig, den heutigen Rechts-Gebrauch bei uns, ratione der Diebe in Erwegung zu ziehen, welcher in Wahrheit von dem Römischen Himmelweit unterschieden ist. Wir hören heutiges Tages in unsern Gerichten die condictionem und actionem furti gar selten. Unsere Diebe sind gemeiniglich in der schnödesten Armuth: Daher kan man sich vermittelst dieser Klagen an solchen elenden Purschen gar schlecht erholen. Eben dieses ist daher die Ursach, warum die Teutschen Völcker den Diebstahl beständig für ein öffentliches Landes-Verbrechen gehalten haben: zumal da dasselbe die allgemeine Sicherheit eines Volcks eben sowol beunruhiget, als Mord, Ehebruch und andere dergleichen Unthaten (§. 1030): Dannenhero stehet auf dem Diebstahle die ordentliche Todes-Strafe, nemlich, daß man solche mit dem Strange an dem Galgen vom Leben zum Tode bringet. Daß aber dieses eine bei den Europäischen Völckern sehr übliche und alte Strafe der Diebe sey, und insonderheit bei den Teutschen, Niederländern, Franzosen, Engländern, Dännemärckern und Schweden, ja auch selbst bei den Spaniern und Italienern angetroffen werde, solches erhellet aus II. *Feud.* 27. §. *ult.* alwo wir vernehmen, daß schon im eilften Jahrhundert diese Strafe in Erwehnung gekommen ist, welche dahero auch *Carolus* V. in seiner peinlichen Halsgerichts-Ordnung *art.* 162. beibehalten hat. Weil jedennoch aber dergleichen Todes-Strafe überaus hart ist: so werden deswegen nicht alle Diebe ohne Unterscheid mit derselben beleget. Die peinlichen Rechtsgelehrten oder sogenannten Criminalisten beobachten demnach einen dreifachen Unterscheid: Denn ein Diebstahl ist entweder simplex oder schlecht, welcher ohne Erbrechung und ohne Gewaltthätigkeit begangen wird. Oder ein furtum ist qualificatum, welches mit Zuziehung der Leitern, mit Aufbrechung der Gebäude, und von Personen, die mit tödtlichen Gewehr versehen sind, verübet wird. Und dieses furtum qualificatum, sagt man, werde allemal mit dem Strange gestraft, keinesweges aber furtum simplex. Bei dem furto simplici macht man wiederum eine Eintheilung, daß derselbe entweder groß oder gering sey. Ein grosser und wichtiger Diebstahl wird genennet, wenn ein Dieb 5. Ungarische Ducaten oder 25. Caroliner gestohlen hat. Ein kleiner Diebstahl aber, wenn ein Dieb weniger als 5. Ungarische Ducaten entwendet. Das erstere furtum

wird wiederum mit dem Strange bestrafft; daher ist der rechtliche Weidespruch entstanden: Mit fünf Ducaten ist der Strang bezahlet: das letztere furtum aber wird nicht allezeit mit dem Strange beleget, sondern man macht wiederum einen Unterscheid, und theilet ein furtum parvum dreifach ab, nemlich in primum, secundum und tertium. Ein Dieb also, der zum ersten und zweitenmale gestohlen hat, wird ausserordentlich bestraft mit Landesverweisung, Staupenschlag, Zuchthaus-Arbeit, u. d. gl. stiehlt er aber zum drittenmal, so verdienet er den Galgen. Jedoch ist wohl zuzusehen, daß alle gestohlene Sachen 5. Ungarische Ducaten austragen: widrigenfalls kan man ihn nur mit einer ausserordentlichen Strafe belegen. Auf solche Art und Weise nun pfleget man gemeiniglich nach der peinlichen Halsgerichts-Ordnung mit den Dieben zu verfahren: woferne die Umstände nicht etwa dem peinlichen Richter zur Milderung der Strafe Anlaß geben. Wir wollen dannenhero alhier nur derjenigen gedencken, welche in der peinlichen Halsgerichts-Ordnung *Art.* 165. 168. 169. selbst befindlich sind. 1) Wenn ein Dieb den Diebstahl ohne Gewaltthätigkeit an Dingen verübet hat, wozu er leicht hat gelangen können, kurtz, er hat nur die Finger kleben lassen, oder gemauset, z. E. Haus-Diebe, und solche, welche in anderer Leute Teichen gefischet, in fremden Forsten gejaget, das gefundene verläugnet und an sich behalten haben, u. d. m. 2) Findet eine Milderung bei der pœna furti statt, wenn ein Dieb das Gestohlene wieder herausgegeben hat: wiewol unterschiedene grosse Rechts-Lehrer desfalls anderer Meinung sind. CARPZOV *Part.* IV. *Const.* 32. *Def.* 15. sequ. Ob nun gleich vielen Rechtsgelehrten solche Gelindigkeit nicht anstehen will; weil sie dafür halten, man müsse mit dem Diebe nach der Schärfe verfahren: so gebühret doch einem gewissenhafften Richter in peinl. Fällen, da es auf eines Menschen Blut und Leben angesehen ist, wo ihn anders nicht etwa die strenge Verordnung des Landesherrn, welcher der eingerissenen Boßheit durch hartes Verfahren in seinem Lande einen Riegel vorzuschieben hat bedacht seyn müssen, allemal den gelinden Weg zu ergreiffen. Es ist nun nichts mehr als die Frage übrig, ob nemlich der Bestohlene nach vollbrachter Erhenckung des Diebes, der irgend noch wohlhabende und bemittelte Erben hinterlassen hat, solchen mit einer Klage auf den Hals gehen könne, daß sie ihm den noch vorhandenen Diebstahl heraus geben müssen. Was das Römische Recht betrift, ist hieran gar nicht zu zweifeln. Denn wir haben oben (§. 1033.) vernommen, daß die Bestraffung des Diebes weder den Dieb selbst, noch auch dessen Erben von der Ersetzung des Diebstahls freimachen. Allein wir nehmen bei dem Rechts-Gebrauch unterschiedener Landes-Gerichte unter uns gar vieler Unbilligkeiten wahr. Es heißt überhaupt: ein

Uebel

Uebelthäter büsset mit dem Tode dem Kläger, und wettet dem Richter. *Gloſſa Iuris Provinc. Sax. Lib.* II. *art.* 30. n. 4. Dahero iſt an einigen Orten die Gewohnheit, daß ſich das peinliche Halsgericht der geſtohlenen Sachen anmaſſet, um damit diejenigen Koſten zu beſtreiten, welche man ſowol auf die Unterhaltung des Diebes Zeit währender Inqviſition als auch auf die Execution deſſelben hat verwenden müſſen. An denjenigen Orten aber, wo ſolches nicht geſchiehet, pfleget man die Erben eines abgethanen Inqviſiten darum mit gedachter Klage zu verſchonen, weil man dafür hält, als wenn der Diebſtahl durch die geſchehene Todes-Straffe theuer genug bezahlet worden ſey. Gewiß ein ſchlechter Troſt für diejenigen, welche das ihrige auf ſolche Art in fremden Händen laſſen müſſen, woran ihnen doch nach der natürlichen Billigkeit der rechtmäſſigſte Anſpruch zuſtehet.

Tit. II.

De Vi Bonorum Raptorum.

§. 1071. 1075.

Da wir bishero von dem erſten delicto privato, nemlich de furto, geredet haben: ſo folgt nunmehro in der Ordnung *Rapina*, als das zweite **Privat-Verbrechen**, oder, wie es der Römiſche Prætor in ſeinem Edicto nennet, *Vis bonorum raptorum*. Bei Abhandlung dieſes Verbrechens wollen wir folgendes erwegen, 1) wie eigentlich rapina oder ein Raub beſchaffen ſey. §. 1071. 1075. 2) Was für eine Straffe die Räuber gewärtig ſeyn müſſen. §. 1076. 1078. 3) Was circa rapinam bei uns Teutſchen Rechtens ſey. §. 1079. Alſo 1) die Beſchaffenheit eines Raubes einzuſehen, wollen wir die Erklärung deſſelben vor uns nehmen. Und da heiſſet es, rapina ſey violenta rei alienæ mobilis ablatio, lucri faciendi cauſſa dolo malo facta. Wir nennen einen Raub ablationem violentam, a) darum, daß man ſehe, wie er ſich von dem Diebſtahl unterſcheide. Denn auf Seiten eines Diebes iſt contrectatio fraudulosa, d. i. er ſtiehlet heimlich, und ſuchet ſein Vorhaben ohne ſonderliches Geräuſch zu Stande zu bringen. Daher bedienet er ſich aller möglichen Liſt und Gelegenheit, und bewerckſtelliget ſeinen Vorſatz gemeiniglich hinter den Rücken eines Eigenthümers, oder in Abweſenheit ſolcher Perſonen, welcher ihn wahrnehmen und verrathen könten. Gantz anders verfähret ein Räuber. Denn er verfähret bei Vollſtreckung ſeiner Unthat mit dem gröſten Frevel, und brauchet alle Gewalt, die in ſeinen Kräfften ſtehet. Daher begehet er die Kühnheit, den Perſonen ſelbſt auf den Hals zu gehen, und ſuchet

ihnen

ihnen ihre Habe in ihrer Gegenwart zu entreiſſen. Falls man ihn nun daran hindern will, ſo vergieſſet er unſchuldiges Blut, und wird an ſeinem unſchuldigen Gegner vollends gar zum Mörder. Welcher Umſtand aber ſich nur unterweilen bei gewaltſamen Diebſtählen zu ereignen pfleget. b) Unterſcheidet ſich ein Raub auf ſolche Weiſe von einer Concuſſion, oder fürchterlichen Abforderung der Habſeligkeiten. Denn, wenn jemand den andern durch ſchreckliche Drohungen dahin bringet, daß er aus Furcht dem concutienti die abgeforderte Sache ſelbſt in die Hände liefert: ſo wird dieſer keinesweges als ein Räuber angeſehen, ſondern mit einer gelindern Straffe beleget. Wir ſagen in der Erklärung des Raubes ferner, es werde derſelbe an einer re aliena mobili vollſtrecket: welche Eigenſchafft wir auch bei dem Diebſtahl antreffen. Wir ſchlieſſen aber dahero, α) daß derjenige nicht für einen Räuber gehalten werde, welcher jemand gewaltſamer Weiſe aus dem Beſitz einer unbeweglichen Sache heraus treibet: mithin muß ein ſolcher de vi publica & privata, oder mit dem interdicto, unde vi, belanget werden, L. 2. §. 1. D. *h. t.* Nächſtdem heißt die geraubte Sache aliena, als an welcher auch beſagter maaſſen ein Diebſtahl verübet wird. Daher entſtehet die Frage, ob jemand einen Raub begehe, welcher ſich erkühnet, dem natürlichen Beſitzer ſeine ihm dem Räuber ſelbſt eigenthümlich zugehörende Sache mit Gewalt zu entreiſſen? Hierauf wird mit nein geantwortet, L. *cit.* 2. §. 18. Jedoch gehet ihm dieſes nicht ungerochen aus, weil er ſich ſelbſt mit Gewalt Recht geſprochen, und nicht vorhero den richterlichen Beſcheid erwartet hat. Denn wir haben desfalls zwei merckwürdige Geſätze, nemlich L. 13. D. *quod metus cauſſa* und L. 7. *Cod. unde vi*, in welchen dieſe Verordnung ſtehet: daß wenn jemand einem andern ſeine eigene Sache mit Gewalt entriſſe, das Eigenthums-Recht an derſelben verloren ſeyn ſolle: ja wenn ſich jemand erkühnte, jemanden eines andern Sache, die er für die ſeinige hält, gewaltthätiger Weiſe aus den Händen zu ringen: ſo ſoll er laut gedachter Geſätze nicht nur die entriſſene Sache wieder heraus zu geben, ſondern auch den Werth derſelben zu erlegen gehalten ſeyn. Beiläuffig mercken wir von den beiden angeführten Legibus, daß in dem erſtern von einer beweglichen Sache, in dem andern aber von einer unbeweglichen geredet werde. Endlich haben wir in der gegebenen Erklärung des Raubs noch hinzu gefüget, er geſchähe dolo malo & lucri faciendi cauſſa. Wo alſo die vorſetzliche Boßheit fehlet, da kan man ſich auch keine Vorſtellung von einem verübten Raube machen. Und eben dieſes iſt die Urſache, warum man einen unſinnigen Menſchen, oder der ſich von Sinnen geſoffen hat, desgleichen unerwachſene Kinder, und andere Perſonen, die eines doli unfähig ſind, oder auch aus Irrung verleitet werden, L. 2. §. 20. D. *vi bonor. rapt.* ſolchenfalls nicht als Räuber beſtraffen könne, L. 2. §. 19. D. *eod.* Was aber das zu machende lucrum

anbe-

anbetrifft: ſo ſiehet man gar nicht darauf, ob ein Räuber viel oder wenig davon getragen habe. Darum iſt es wohl eher geſchehen, daß ſolche Miſſethäter wegen ihres verübten Straßen-Raubes, wovon ſie auch nur die geringſte Kleinigkeit erbeutet haben, in die ordentliche Todes-Straffe gefallen ſind.

§. 1076-1078. Wir ſchreiten nunmehro 2) zu derjenigen Straffe, mit welcher die Römer einen Raub zu belegen pflegten. Sie verfuhren aber mit einem Räuber entweder civiliter oder extra ordinem criminaliter, und vollzogen an ihm entweder eine Leibes- oder Lebens-Straffe. Wollte der Beraubte civiliter klagen: ſo ſtellte er entweder actionem furti manifeſti oder actionem vi bonorum raptorum gegen den Räuber an. Denn *Juſtinianus* ſelbſt trug kein Bedencken, actionem furti desfalls zu erlauben, weil ihm ein Räuber als ein fur improbus, d. i. als ein unverſchämter und verwegener Dieb zu ſeyn ſchiene, *princ. Inſt. h. t.* Klagte nun der Beraubte actione furti manifeſti, ſo hatte er eine vierfache Erſetzung des Raubes zu hoffen; hingegen bediente er ſich der actionis vi bonorum raptorum: ſo muſte er ſich ebenfalls mit dem quadruplo begnügen laſſen, *princ. Inſt. h. t.* Daher entſtehet die Frage, was ſich für ein Unterſcheid zwiſchen dieſen beiden Klagen findet, und weswegen die Römiſchen Geſätze zwei Klagen verſtattet haben, welche doch auf eins hinaus lauffen, und deren keine vor der andern etwas mehrers fruchtet. Allein es iſt allerdings zwiſchen dieſen Klagen ein groſſer Unterſcheid. Denn die actio furti gieng einzig und allein auf pœnam quadrupli; und nach Erlangung dieſer Straffe konte man noch überdem ope condictionis furtivæ entweder die geraubte Sache ſelbſt, oder deren Werth einklagen. Actio vi bonorum raptorum hingegen war nicht mere pœnalis, ſondern ſie gieng auch nebſt der dreifachen Straffe überdem noch auf den Werth der Sache: mithin konte man nach erlangter vierfachen Erſetzung die geraubte Sache nicht einklagen. Hiernächſt daurete die Befugnis, actionem furti manifeſti anzuſtellen, gantzer 30. Jahre: ſie mochte aber angeſtellet werden, wenn man nur wolte, ſo konte man allezeit auf das quadruplum gehen. Hergegen war die actio vi bonorum raptorum von dem Prætore gegeben worden, und daurete deswegen die Befugnis, ſolche anzuſtellen, und gedachtes quadruplum damit einzuklagen, nur ein Jahr lang: war aber dieſes verfloſſen, ſo erhielt man mit derſelben weiter nichts, als die einfache Erſetzung der geraubten Sache. Solchergeſtalt procedirte man gegen die Räuber civiliter, welche man raptores nennte. Im Gegentheil aber verfuhr man gegen graſſatores und latrones criminaliter, und zwar mit ſolcher Schärffe, daß ſolche ihr Leben laſſen muſten, und die latrones überdem noch an das Creutz geſchlagen wurden, L. 28. §. 10. & 15. D. *de pœnis.* Beiläufig mercken wir, daß die Römer diejenigen graſſatores nenneten, wel-

che denen Reiſenden an den öffentlichen Land-Straſſen auflaureten, und ihnen, was ſie bei ſich hatten, abnahmen, aber dabei dennoch ihres Lebens ſchoneten. Dagegen nenneten ſie latrones, welche zugleich mordeten und raubeten, und mithin blutige Beute machten.

§. 1079. Endlich haben wir nun noch zu ſehen, wie weit unſere Peinliche Hals-Gerichts Ordnung und der Criminal-Proceß bei uns von dem Römiſchen unterſchieden ſey. Wir ſtraffen demnach alle ſo genannte raptores an dem Leben. Die graſſatores werden bei uns geköpfet und auf das Rad geflochten. Latrones aber rädert man lebendig, und darauf werden ſie zum öffentlichen Schauſpiel und Abſcheu auf das Rad geleget. Haben nun die latrones unterſchiedene Perſonen ermordet, ſo wird auch ihre Straffe geſchärfet: ſo, daß man ſie entweder lebendig mit Pferden auf den Richtplatz ſchleiffet, oder mit glüenden Zangen zwicken läſſet. Solches Verfahren verordnet die Peinliche **Hals-Gerichts-Ordnung** Keiſer Carls des V. *art.* 126. & *arg. art.* 130. & 137. wovon mit vielen Nutzen nachgeleſen werden können des Hrn. KRESS *Comment. ad conſtit. crim. p.* 243. ſeqq. wie auch GEORGIVS BEYER *ad eandem dict. art.* und CARPZOV *in Praxi Criminali Quæſt.* 90. Dieſe des Keiſers *Caroli* V. **Ordnung** beziehet ſich in dem *art.* 126. ausdrücklich auf die alten Rechte unſerer Vorfahren: folglich iſt ſolche Beſtraffung ſolcher gefährlichen Miſſethäter nichts neues. Denn wir leſen im Sächſiſchen **Landrecht** *Lib.* II. *art.* 13. folgendes: **Die einen Man berauben, den ſoll man das Haupt abſchlagen.** Und im **Schwäbiſchen Landrecht** c. 114. ſtehet: **Wer einen Man ze tod ſlägt, oder in beraubet, den ſoll man das Haubt abſlaen.** Mit welchem Rechts-Gebrauch auch die älteſten Statuta der Städte in Teutſchland überein kommen. Dergleichen wir z. E. von der Stadt Goßlar *Lib.* II. *Tit.* **van Vredebrake** §. 63. bei LEIBNIZ T. III. *Scriptor. rer. Brunſuic.* p. 500. antreffen: **De enen todet oder vet, eder robet, ener bernet, sunder Mortbrandt, ener wiff, eder maget nottäget, deme schall me dat Hobunt affſlaen.** Und im *Iure Lubecenſi Lib.* IV. *Tit.* II. *art.* 1. leſen wir: **Die jemanden auf freyer Straſſen berauben (wenn man ſie nicht habhaft wird) man mag ſie in die Acht bringen und friedlos machen.** (Werden ſie aber ergriffen) **ſo gehet es ihnen an ihr höchſtes Leib und Leben** Betreffend die neuern Statuta, ſo ſind dieſelben mehrentheils mit der **Peinlichen Hals-Gerichts-Ordnung** übereinſtimmig.

Tit. III.

Tit. III.
De Lege Aquilia.
§. 1080-1084.

Das dritte Privat-Verbrechen bei den Römern, weswegen man bei ihnen *Legem Aquiliam* zu beobachten hatte, war *damnum iniuria datum*: wodurch alle Beschädigung an jemandes wircklicher Habe verstanden wird, die ein freier Mensch unbefugter Weise vorgenommen hatte. Wir wollen bei Vornehmung dieses Verbrechens vornemlich sehen, 1) auf die Beschaffenheit eines damni iniuria dati §. 1080-1084. 2) Die capita des Aquilischen Gesätzes, und die desfalls entstehenden Klagen. §. 1085-1091. 3) Die Eigenschafften oder attributa dieser Klagen. §. 1092-1094. 4) Den heutigen Rechts-Gebrauch. §. 1095. Für das erste nun von der Beschaffenheit des damni iniuria dati zu reden, so würden wir dieses Verbrechen ohne vorher erörterte Erklärung desselben nicht hinlänglich begreiffen können: darum schreiten wir zu solcher, und geben Rechenschafft von den darinnen enthaltenen Worten. Und da wir solches Verbrechen eine jede Beschädigung an jemands wircklichem Vermögen genennet haben: so läßt sich hieraus der Schluß machen, daß in diesem Aquilischen Gesätz weder proprie noch directe von einem unschätzbaren Schaden keine Verordnung angetroffen werde. Wenn also z. E. ein freier Mensch getödtet oder verwundet worden ist; so findet die actio ex Lege Aquilia gäntzlich keine Statt: sondern man verfähret im erstern Fall criminaliter, wie solches *Lex Cornelia de Sicariis* mit sich bringet, andern Falls aber hat man nur utilem actionem ex Lege Aquilia, von welcher unten (§. 1092.) Meldung geschehen wird. Nächstdem heißt es in der Erklärung weiter, es müsse solche Beschädigung unbefugter Weise geschehen seyn. Denn das Wort iniuria bedeutet hier so viel, als widerrechtlicher Weise. Hieraus lassen sich wiederum unterschiedene Schlüsse machen. α) Es ist bei Anrichtung eines Schadens gleich viel, man mag solchen entweder aus boßhaftigen Vorsatz, oder aus einer groben Fahrläßigkeit, oder aus dem leichtesten und geringsten Versehen vorgenommen haben. §. 3. *Inst. h. t.* Denn ob gleich die Beschaffenheit eines Verbrechens darin bestehet, daß man solches aus einer vorsetzlichen Boßheit begangen habe (§. 1034): so ist doch dieses bei dem Lege Aquilia besonders, daß dieses Gesätz ein jegliches Versehen, auch so gar das geringste, bestraffet. Darum haben wir auch schon oben §. *cit.* angemercket, daß ein unbefugter Weise angerichteter Schade so wol ein verum als quasi delictum sey, und man solches deswegen zu den veris delictis gerechnet habe, weil die Benennung hier a potiori gemacht worden sey, und es kommen

daher in unſerm Corpore iuris z. E. L. 11. D. *ad* L. *Aquil.* Exempel vor, welche uns in der That Wunder nehmen. Allwo in principio cit. L. erzehlet wird, daß ein Barbierer auf der Straſſen, wo die Knaben Ball geſpielet, im währenden Abſcheeren eines Barths das Unglück gehabt habe, dem Menſchen die Kehle abzuſchneiden, weil ihm der Ball eben auf das Meſſer gefallen wäre, da er unter dem Kinn geſchoren habe. Nun könte jemand dafür halten, es wäre nicht wahrſcheinlich, daß die Barbierer zu Rom auf öffentlicher Straſſe den Leuten die Bärthe abgenommen hätten: aber dieſen Zweifel benimmt uns MARTIALIS *Epigramm. lib.* VII. *epigr.* 60. da er ſchreibet

Ad Cæſarem Domitianum.

Abſtulerat totam temerarius inſtitor urbem,
Inque ſuo nullum limine limen erat.
Iuſſiſti tenues, Germanice, creſcere vicos;
Et modo quæ fuerat ſemita, facta via eſt.
Nulla catenatis pila eſt præcincta lagenis:
Nec prætor medio cogitur ire luto.
Stringitur in denſa nec cæca novacula turba:
Occupat aut totas nigra popina vias.
Tonſor, caupo, coquus, lanius ſua limina ſervant.
Nunc Roma eſt, nuper magna taberna fuit.

Woraus erhellet, daß erſtlich der Keiſer *Domitianus* dieſe Gewohnheit aufgehoben habe. Ja das Aquiliſche Geſätz rechnet auch ſo gar das Unvermögen demjenigen zu, welche nicht leiſten können, was ſie verſprochen haben. Wenn daher z. E. ein Kutſcher durch einen Mieth-Contrakt ein Fuhrwerck übernommen hätte, an welchem er die Pferde in dem Zaum zu halten wegen Schwachheit nicht im Stande wäre, ſo, daß andern Leuten dadurch Schaden zugefüget würde; ſo müſſe ſolches von dem Fuhrmann gefordert werden: weil er ſich ſeiner Schwachheit bewuſt geweſen, und dennoch etwas unternommen hätte, was nicht in ſeinen Kräfften ſtünde. Hierbei leſe man §. 4. *Inſt. h. t.* Es mag dannenhero ein Verſehen bei einem Schaden concurriren, welcher es wolle; ſo hat allezeit die actio Legis Aquiliæ ſtatt: weil man allemal einzig und allein darauf ſuſſet, daß man unbefugter Weiſe Schaden angerichtet habe. β) Schlieſſen wir daher, daß derjenige, welcher ſich ſeines Rechts gebrauchet, niemanden einen unbefugten Schaden zu thun ſcheine: weil ihn ſein Recht ſchützen muß, ob gleich andern durch ſein rechtmäßiges Vornehmen ein empfindlicher Schaden zuwächſet. Derowegen wenn ich z. E. auf meinem Grund und Boden einen Brunnen grabe, und es geſchähe dadurch, daß die Quellen von meines Nachbars Brunnen abgeſchnitten würden: ſo hat actio ex Lege Aquilia keine ſtatt, weil ich mich meines Rechts bediene. Inſonderheit

heit aber gehöret hierher die so genannte Nothwehre, oder das moderamen inculpatæ tutelæ, welche Benennung wir finden in L. 1. *Cod. unde vi*, da man denjenigen umbringet, welcher uns anfällt. Denn dieses widerfähret dem aggressori von Rechts wegen: weil man allezeit dafür hält, man sey in der gerechtesten Befugnis dasjenige zu unternehmen, wodurch man seinen Leib und Leben zu vertheidigen gedencket, L. 3. D. *de Iustitia & iure.* Allein man kan sich doch nicht schlechterdings auf diese Nothwehre berufen, wenn uns 1) der andere nicht wircklich angefallen hat; 2) wo nicht die augenscheinlichste Gefahr da gewesen ist, aus welcher man sich auf keine andere Weise hat retten können, §. 2. *Inst. h. t.* 3) Daß solche Ertödtung incontinenti geschehen müsse, da es gefährlich um uns stehet. Denn wenn man den aggressorem erschläget, da keine Gefahr mehr vorhanden gewesen; so wird man wegen solcher vorgegebenen Nothwehr straffällig. 4) Können wir hieraus abnehmen, daß man diese Klage nicht anstellen könne, wenn uns durch einen Unglücks-Fall ein Schade widerfahren ist, §. 3. *Inst. h. t.* Daher, wenn z. E. jemand nach einem Ziel schiesset, und das Gewehr springet dergestalt in Stücken, daß ein anderer dadurch verwundet wird; so kan er mit dieser Klage nichts erhalten, weil wir die Unglücks-Fälle weder bei den Contrakten, noch bei den Verbrechen gut zu thun verbunden sind. Allein hier müssen wir gewisse Gräntzen setzen, nemlich a) unser Vornehmen muß erlaubt seyn. b) Der Ort muß uns unser Vornehmen verstatten. c) Die Art und Weise, etwas vorzunehmen, muß uns nicht verboten seyn. Wenn dahero ein muthwilliger Mensch auf öffentlicher Strassen ein Gewehr losschiesset, und also Schaden anrichtet; so ist er nicht ausser Schuld: weil es an sich eine unerlaubte Sache ist, wenn man in öffentlicher Strassen ein Gewehr losschiesset.

§. 1085. 1091. In dem andern Theile dieses Titulus suchen wir nunmehro diejenigen Capitel zu erfahren, welche in dem Aquilischen Gesätz eigentlich enthalten gewesen sind, als wovon der berühmte NOODT in seinem Tractat *de Lege Aquilia cap.* 1. gar wohl angemercket hat, daß deren gar viele vorhanden gewesen seynd. Allein in unsern *Institutionibus Iustiniani* werden deren nur dreie gedacht, unter welchen das zweite schon vorlängst so gar ausser dem Gebrauch gekommen ist, so gar, daß man heutiges Tages nicht einmal anzugeben weiß, wovon dasselbe gehandelt habe. Jedoch wegen der unterschiedenen Meinungen grosser Rechtsgelehrten verweisen wir unsere Zuhörer auf unsere *Antiquitates Romanas h. t.* §. 9. Wir müssen uns dahero damit begnügen lassen, daß wir das erste und dritte caput Legis Aquiliæ annoch in unsern *Institutionibus* beschrieben finden. Der Unterschied derselben äussert sich ratione subiecti, actus & effectus. Erstlich ratione subiecti; denn im ersten Capitel wird nur von leibeigenen Knechten und Mägden, wie auch vom vierfüßigen

Viehe gehandelt, als unter welchem letztern die Rechtsgelehrten ein solches Thier verstehen, welches man mit der Heerde auf die Weide gehen lässet, z. E. Schaafe, Ziegen, Zug-Ochsen, u. d. g. Das dritte caput aber handelt von allen denen Dingen, woran uns ein Schade zugefüget wird, z. E. man hauet uns die Bäume nieder, man zerrüttet uns die Garten-Gewächse, u. s. w. Zweitens differiren diese capita ratione actus. Denn das erstere bestraffet den Todtschlag: mithin kan ich aus diesem capite keine Klage anstellen, wenn jemand meinen Knecht, mein Rindvieh, oder mein Pferd verwundet, wohl aber, wenn er sie ertödtet hat. In dem dritten hingegen werden alle andere Verrichtungen, durch welche man mir Schaden zufüget, bestraffet, z. E. wenn mein Knecht nur verwundet worden ist, wenn man mir etwas zerbrochen, zerrissen oder verbrannt hat, L. 22. §. 5. D. *h. t.* Drittens ereignet sich bei diesen Capiteln ein Unterscheid ratione effectus. Denn wenn aus dem ersten capite geklaget worden ist: so wird der Beklagte so viel zu bezahlen angestrenget, als dieselbe innerhalb dem nächsten Jahr nach dem höchsten Preiß hätte verkauffet werden können. Man hätte mir z. E. ein Pferd erschlagen, welches ich neun Monat vorher für 100. Thaler verkauffen mögen: so muß der Beklagte vermöge des richterlichen Ausspruchs besagtes Geld wircklich an mich zahlen, wenn es auch gleich nur in dem Jahre, da es erschlagen wird, kaum 50. Thaler gegolten hätte. Dahingegen wird der Werth der beschädigten Sachen nach dem dritten capite nur darnach geschätzet, wie viel die Sache in den vorhergehenden dreißig Tagen etwa gegolten hat. Man kan sich dannenhero nunmehr gar leicht selbst einen Begriff von der actione Legis Aquiliæ machen und vorstellen. Es wird aber solche demjenigen verstattet, welcher einen unbefugten Schaden gelitten hat, oder es haben auch dieselbe dessen Erben wider den Schadenfroh, von welchem die Verkürtzung herrühret, aber nicht wider dessen Erben, weil diese Klage auf eine Straffe gehet (§. 1038.), vermittelst welcher der Beklagte so viel zu zahlen angehalten wird, als sich der Werth innerhalb dem vorhergehenden Jahre, besage des ersten capitis, betragen hat, oder laut des dritten capitis so hoch die Sache innerhalb 30. Tagen vorhero hätte verkaufft werden mögen. Solchemnach gehet man mit dieser Klage auf eine Bestraffung und auf die Ersetzung der verunglückten Sache. Denn ausser dem wircklichen Werth der Sache bekomme ich so viel zur Straffe, als die Sache zur Zeit des geschehenen Schadens am Werthe weniger beträget, denn sie innerhalb dem nächst-verstrichenen Jahre oder verflossenen Monat hätte verkaufft werden können. Und dieses hat *Justinianus* gleichfalls angemercket §. 9. *Inst. h. t.* Man schätzet aber nicht allein die verderbte Sache selbst, sondern auch denjenigen Schaden, welcher uns vermittelst der verdorbenen Sache an andern Dingen, die damit verwandt

wandt ſind, zuſtöſſet, indem ſie durch den Abgang derſelben etwas an ihrem Werth verlieren. Ich habe z. E. zwei Spann Pferde von gleicher Gröſſe und Farbe; wird mir nun eines davon erſchlagen oder beſchädiget: ſo muß man mir nicht allein den Werth des verletzten Pferdes, ſo hoch es nemlich innerhalb des letztern Jahres hätte verkaufft werden mögen, ſondern auch ſo viel überdem noch erlegen und bezahlen, als den übrigen dreien wegen Abgang des vierten an dem Preiſſe abgehet. Dergleichen Exempel finden ſich noch unterſchiedliche in L. 22. §. 1. L. 23. *princ.* §. 1. 2. D. *h. t.* und im §. 10. *Inſt. h. t.*

§. 1092. 1094. Es folgen hiernächſt einige beſondere Eigenſchafften oder affectiones, welche man bei der actioni ex Lege Aquilia antrifft: und zwar giebt es vornemlich deren drei, welche hier nach einander vorkommen werden. 1) Die erſte Eigenſchafft iſt, daß actio ex Lege Aquilia utilis, im Fall jemand einen freien Menſchen verwundet hat, von Seiten des Verwundeten angeſtellet werden kan. Denn ob dieſer gleich die Verwundung nicht ſchätzen darf: ſo kan doch das Heilerlohn in Betrachtung gezogen werden; desgleichen iſt ihm erlaubt, vermittelſt dieſer Klage, die Verſäumnis-Gebühren und andern aus der Verwundung erwachſenen Schäden den Beklagten abzufordern: zu welcher Schuldigkeit denn auch dieſer durch richterlichen Beſcheid anzuhalten iſt, L. 13. D. *h. t.* Allein keinesweges kan ein Verwundeter dieſe Klage dazu gebrauchen, daß er vermittelſt derſelben für die durch die Verwundung verurſachte Ungeſtalt und Narben etwas verlangen könte, L. 3. D. *ſi quadrup. paup. fec. dic. &* L. 7. D. *de his, qui effud. & deiec.* Denn dazu muß er actionem iniuriarum gebrauchen, als welche inſonderheit eine Weibes-Perſon, cui forma pro dote eſt, wegen zugefügter Heßlichkeit zur Hand nehmen kan, weil ſie der Spiegel hätte an den Mann bringen können. SCHILTER *in Praxi iur. Rom. in for. Germ. Exerc.* XIX. §. 34. ſeqq. LAVTERBACH *in Compendio iuris h. t.* ibique STRYKIVS verbo *Operæ.* it. *deformitas.* BRVNNEMANNI *Comment. ad Digeſta* L. 13. n. 5. Wie denn auch inſonderheit ANTHONIVS MATTHAEI *de Criminibus Lib.* XLVII. *Tit.* III. *cap.* III. n. 4. hierbei anmercket, daß man de notabili deformitate zu klagen gar wohl befugt ſey. S. LYNCKER *in Analect. ad* STRVVII *Syntagm. iur. civ. Exerc.* XIV. *th.* 26. 2) Die andere Eigenſchafft dieſer Klage beſtehet darinne, quod lis in hac actione inficiando creſcat, welches bei den Römern ſo viel bedeutete, daß derjenige, welcher ſteiff und feſt geläugnet hatte, aber nachgehends überwieſen wurde, daß er wircklich an dem verübten Schaden Urſach war, zur Straffe ſeiner frevelhafften Lügen den Schaden doppelt erſtatten muſte, da er mit der einfachen Erſetzung davon gekommen wäre, wenn er gleich Anfangs ſolches geſtanden hätte, §. 26. *Inſt. h. t.* In welchem Fall die ernſthaffte Strenge der alten Römer billig zu rühmen iſt, daß ſie den nicht ungeſtrafft lieſſen, welcher die Kühnheit begieng,

gieng, vor ihren Gerichten durch frevelhafftes Lügen der Wahrheit Tort zu thun. 3) War noch die letzte Eigenschafft solcher Klage diese, daß man bei derselben einen dreifachen Unterscheid zuließ. Denn wenn man jemanden mit dem Leibe Schaden zugefüget hatte: so war deswegen actio Legis Aquiliæ directa anzustellen. War aber der Schade nicht mit dem Leibe an eines andern Leibe geschehen: so muste man desfalls actionem Legis Aquiliæ utilem gebrauchen, wenn z. E. jemand eines andern Knecht beredet, auf einen Baum zu steigen, und dieser durch Herabstürtzung Schaden genommen hatte. Endlich wenn man weder dem Leibe eines Menschen, noch auch mit seinem Leibe Schaden gethan hatte, welcher doch dem andern empfindlich war: so stund dem Beleidigten desfalls die actio Legis Aquiliæ in factum zu, §. *ult. Inst. h. t.* L. 11. D. *de præscriptis verbis.* Da z. E. jemand des andern Knecht, der wegen seiner Unart von seinem Herrn gebunden war, aus Mitleiden losgebunden hatte: wodurch es geschahe, daß der Knecht seinem Herrn davon gelauffen war. Die erste Klage, nemlich directa, war in den Worten *Legis Aquiliæ* ausdrücklich enthalten; die zweite hingegen rührete her ex interpretatione prudentum: und die dritte ex edicto prætorio.

§. 1095. Wir haben übrigens noch zu untersuchen, ob dieser Titul auch in unserm Rechts-Gebrauch noch seinen Nutzen habe. Gleichwie man sich aber billig verwundern muß, daß einige Rechtslehrer die actionem legis Aquiliæ wegen ihres sonderlichen Vortheils nicht genug zu rühmen wissen: so müssen wir hingegen bekennen, daß wir mit derselben so, wie sie bei den Römern gebräuchlich war, fast gar nichts ausrichten mögen. Denn man klaget zwar bei uns wegen eines zugefügten Schaden, und daß ein Schadenfroh uns solchen zu ersetzen schuldig sey; es wird auch derselbe wohl zuweilen dafür mit einer Straffe beleget: aber solches geschiehet auch bei Türcken und Sinesern, welche niemals das geringste von dem Römischen Recht gehöret haben. Denn wo machet man bei uns in Ansehung des zugefügten Schaden einen Unterscheid zwischen den Knechten, zwischen zahmen Thieren, Heerde-Vieh und den Zug-Ochsen, wie auch andern dergleichen Sachen? Siehet denn unser Richter auch in Ansehung des zu ersetzenden Schadens auf den Werth, wofür man ein verunglücktes Vieh in dem ietzt-verwichenen Jahre oder Monat hätte verkaufen mögen? Machet man bei uns den spitzfindigen Unterscheid wegen Vergütung eines Schadens zwischen den drei besondern Klagen ex Lege Aquilia? Ja was giebt es ausser dem deposito miserabili und dem legato ad pias causas noch für Fälle, da derjenige den Schaden doppelt zu ersetzen angehalten werden kan, welcher vorher geläuanet hat, und nachhero dennoch überwiesen wird, daß er den geschehenen Schaden verursachet habe? Mit Wahrheit wird dieses niemand sagen können, und noch vielweniger im

Stande

Stande seyn, uns weiß zu machen, daß man actionem ex Lege Aquilia in unsern Gerichten angenommen habe. Derowegen hat ein jedweder, welcher wegen eines gestifteten Schadens bei uns klagen muß, bloß auf das Recht der Natur und auf die Verordnung seiner besondern Landes-Obrigkeit zu sehen. S. des sel. Hrn. THOMASII diss. *de Larva Legis Aquiliæ actioni de damno dato detracta.* Solches erhellet nicht allein aus unserm täglichen Rechts-Gebrauch, sondern auch aus den Gesätzen der ältesten Teutschen Völcker, als welche ausser der einfachen Ersetzung des geschehenen Schadens gar selten auf eine Strafe zu klagen pflegten: ob gleich nicht zu läugnen ist, daß unsere Vorfahren um guter Ordnung willen auf die Verletzung dieser oder jener Sache etwas gewisses und zu Steurung alles schädlichen Muthwillens den Preis einer beschädigten Sache zuweilen gar hoch gesetzet haben. Wobei wir aber überhaupt anmercken, daß man bei dergleichen gesetzten Werth nicht auf unsere, sondern unserer Vorfahren Zeiten sehen müsse, als in welchen ein Groschen wegen des damaligen Mangels am Gold und Silber bei ihnen weit höher als bei uns ein Thaler gehalten wurde. Daher ist denn leichtlich abzunehmen, daß das sogenannte **Wehrgeld**, **Manngeld** oder **Söhnegeld** bei den Alten schon etwas vieles ausgemacht habe, weil man vermittelst Erlegung desselben nach geschehenen Menschen-Mord damit gut hinweg zu kommen pflegte, welches freilich nach der Beschaffenheit der jetzigen Zeiten sehr gering anzusehen ist. Wer begierig ist, unserer Vorfahren bestimmte Ersetzung eines zugefügten Schadens an Menschen, Vieh und andern Habseligkeiten einiger maassen einzusehen, dem recommendiren wir, was insonderheit die Beschädigung eines Menschen betrifft, die vortreflichen *Observationes iuris Germanici* des Hrn. Prof. IO. WILHELM. HOFFMANNS *lib.* II. *cap.* V. und wir haben unterschiedenes berühret in unsern *Elementis iuris Germanici Lib.* II. *Tit.* XXI. Doch bei dem allen, wenn eine muthwillige Boßheit in den Landes-Gesätzen nicht mit einer gewissen Straffe beleget worden ist: so darf man nicht meinen, als wenn ein Richter keine Befugnis habe, solche zu bestraffen, wenn gleich von Seiten des muthwilligen Thäters dem Beleidigten der zugefügte Schade bereits vergütet worden ist. Demnach kan die Kühnheit desjenigen, welcher *Titio* die Fenster entzwei geworffen, bald aber wiederum bezahlet hat, dennoch mit 5. und mehr Thaler zur Straffe beleget werden, darnach etwa der Eigenthümer des Hauses vom geringen oder hohen Stande ist. Was würde aber Rechtens seyn, wenn ihrer viele an dergleichen Bubenstück Theil nähmen? Es ist kein Zweiffel, man habe hier die Befugniß wider einen jeden Theilnehmer, dessen man sich bemächtigen kan, die actionem de damno dato anzustellen, und denselben zu Ersetzung des Schadens an statt aller anzuhalten. Wobei denn aber nach dem Urtheil SCHILTERI *in Praxi iuris Rom. in foris Germ.*

Germ. Exerc. XIX. §. 70. es dergestalt gehalten wird, daß, wenn der Habhafft gewordene den Schaden gäntzlich ersetzet, wie auch seine Straffe erleget hat, seine Cameraden zwar in Ansehung der Ersetzung, aber keinesweges in Ansehung der Straffe frei und losgesprochen werden: weil ein jeder insonderheit seinen Muthwillen durch Auflegung der schweren Hand empfinden muß.

Tit. IV.

De Iniuriis.

§. 1096-1100.

Das vierte und letzte Privat-Verbrechen wird uns durch das Wort *iniuria* namhafft gemacht, jedoch in gantz anderm Verstande, als in dem vorhergehenden Titel. Denn dort hieß iniuria, was nicht mit Recht und ohne Befugnis geschiehet (§. 1081.); hier aber zeigt iniuria nichts anders an, als eine Schmach und Beschimpffung, welche man jemand anthut. Hierbei wollen wir sehen, 1) was und wie vielerlei eine Beschimpffung sey. §. 1096-1100. 2) Was uns deswegen für Klagen nach dem Römischen Recht so wol, als nach unserm Rechts-Gebrauch zu statten kommen. §. 1101-1110. 3) In welchen Fällen die Iniurien-Klage keine statt finde. §. 1111. Erstlich ist die Frage, was und wie vielerlei die Beschimpffung sey. Dannenhero schreiten wir so gleich zur Definition, welche sich folgendergestalt verhält: iniuria est quodlibet dictum vel factum ad alterius contumeliam dolo malo directum. Diese Erklärung zeiget uns zugleich, wie ein angethaner Schimpff entweder aus einem dicto oder facto herrühre, und daß derselbe entweder mit Worten oder mit der That geschehe: mithin ist iniuria entweder verbalis oder realis. Vermittelst jener beleidigen wir jemand durch Schmach Reden: und vermittelst dieser beleidigen wir ihn durch eine ehrenrührige That. Und beide verunglimpffen unsern Neben-Menschen an seinem guten Namen, Ehre, Würde und Rechten. Sagt mir z. E. Titius, Calpurnia habe ein Hufeisen verloren, oder die Katze den Käse benaschen lassen: so geschiehet solches nicht zu ihrer Ehre und Hochachtung, sondern, da man höret, eine solche Person habe die Proben ihrer Fruchtbarkeit allzu frühzeitig abgeleget: so fällt durch den Begriff ihrer Unzucht alle bisherige Hochachtung gegen dieselbe, und mithin ihre Ehre über den Hauffen. Andern Falls kan ein Beispiel von einer thätigen Verunglimpffung seyn, wenn Titius Sempronio auf öffentlichem Marckte Ohrfeigen und Maulschellen giebet: als welches er nicht zu dem Ende unternimmt, daß Tiții Ehre dadurch erweitert werde, sondern bei andern Leuten

dadurch

dadurch in Verachtung gerathe, die daran ein Beispiel nehmen können, Sempronio auf gleiche Weise zu begegnen; gleichwie etwa durch eine weiter fortgesetzte Nachrede andere gleichfalls bewogen werden, der verunglimpfften Person ihre Schande zu vermehren. Kurtz der thätigen Beschimpffungen sind unzählig viele, und wird alles dahin gerechnet, was einer Person nur zur Schande gereichen kan. Unter andern war bei den Römern dieses eine besondere Art zu schimpffen, wenn ein Anverwandter dem andern zum Possen ein Trauer-Kleid anlegte, den Barth wachsen und die Haare um den Kopf herum hangen ließ. CUJACIUS *Observat. lib.* VI. *c.* 5. & L. 15. §. 27. D. *h. t.* Desgleichen ist auch dieses bei den Teutschen an einigen Orten eine eigene Weise, eine Braut mit Schimpff zu belegen, wenn man ihr zur Schande in der Nacht vor ihrem Hochzeit-Tage Häckerling, Ruthen, u. d. m. von dem Hochzeit-Hause an über die Strassen bis zur Kirchen streuet. Zwar werden insgemein von andern noch zwei Gattungen des Schimpffes beigebracht, davon die erste seyn soll scripta, welche in Schmäh-Briefen oder so genannten Pasquillen bestehet, *Rec. Imp. de* a. 1577. *Tit.* von Buchdruckern und Schmäh-Schrifften. Die andere aber soll seyn picta, welche durch ehrenrührige Gemählde zu wege gebracht wird. BRUNQUELL *de Pictura famosa.* Aber diese neue Eintheilung hindert uns gar nichts an dem gegebenen Unterscheid, weil man den geschriebenen Schimpff gar füglich ad iniuriam verbalem, und den gemahlten ad realem rechnen kan. Da wir hiernächst in dem gemeinen Leben finden, wie immer eine Schmach grösser als die andere seyn kan: so ergiebt sich von selbst, daß dieselbe wiederum entweder simplex oder atrox sey. Jene ist, wobei sich keine Umstände finden, um derent willen man die Schmach hoch anzusehen habe: diese hingegen, die mit solchen Umständen wircklich begleitet ist. Dergleichen Umstände nun, die eine Schmach vergrössern, sind a) *facti atrocitas*, wenn z. E. jemand geprügelt worden ist. b) *Loci celebritas.* Er bekommt nemlich die Prügel auf öffentlichem Marckt, oder in der Kirchen, oder auf dem Hofe einer Fürstlichen Residentz. c) *Personæ dignitas.* Der Geprügelte ist eine ansehnliche Standes-Person. d) *Temporis sollemnitas*, wenn jemand die Prügel an seinem Hochzeit-Tage bekommt, §. 1. *Inst. h. t.* Wir sagen weiter in der Erklärung, daß die Verunglimpffung geschehen müsse dolo malo. Denn ohne vorsetzliche Boßheit können wir uns von einer Schmach und Beschimpfung keinen Begriff machen, da kein animus iniuriandi vorhanden ist. Hieraus schliesset man billig, α) daß tolle und blödsinnige Leute, wie auch Kinder, nicht als Iniuriauten angesehen werden können, ob sie gleich etwas unbescheidenes oder unglimpfliches gesagt oder gethan haben, L. 6. §. 1. D. *h. t.* β) Daß man Schertz-Reden und ein schertzhafftes Bezeigen nicht für eine Beschimpffung

annehmen müsse, L. 3. §. 3. D. *eod.* wobei man aber mercken muß, daß man auf die Würde einer Person zu sehen habe, als welcher durch einen groben und harten Schertz leicht Tort geschehen kan. γ) Daß daraus keine Beschimpfung zu machen sey, wenn mir von einem andern aus Versehen etwas widriges begegnet. Es geschiehet z. E. daß ein Herr seinem Diener Ohrfeigen geben will, der Diener weicht aus, und die dabei stehende Person muß solche davon tragen, weil der Herr die Hand allzu starck ausgeholet hat, L. 3. §. 4. L. 4. D. *h. t.* Wie aber, wenn ich nicht meinem Diener, sondern Titio eine Maulschelle zu geben willens gewesen wäre, aber Mevium getroffen hätte, würde dieser nicht alsdenn die Iniurien-Klage anstellen können? Antw. Allerdings, weil derjenige, welcher seinen Diener mit Maulschellen abspeiset, die Befugnis hat, solches zu thun: aber nicht demjenigen also zu begegnen berechtiget ist, welcher nicht in seinem Dienste stehet. δ) Endlich ergiebet sich noch hieraus, daß derjenige nicht als ein Iniuriant anzusehen sey, welcher etwas unglimpfliches sagt oder thut, da er die Meinung hat, den Geschimpfften zu ziehen und zu bessern, wenn sein Amt und Beruff solches erfordert, z. E. ein Prediger auf der Cantzel, ein Richter in der Gerichts-Stube, und ein Lehrer auf dem Lehr-Stuhle, desgleichen ein Meister in seiner Werckstatt. Weil aber von dergleichen Personen nur eine gute Vermuthung gemacht wird: so kan dieselbe leicht durch den Beweiß des Gegentheils umgeworffen werden. Wenn man solchemnach beweisen kan, daß ein Prediger nicht in der Meinung mich zu bessern, sondern mit dem Vorsatz zu verunglimpffen, und damit er sein Müthgen an mir kühlen möge, allerhand Schmäh-Worte wider mich auf der Cantzel ausgestossen hat: so habe ich ihn freilich als einen Iniurianten anzusehen, und bin berechtiget, ihn durch seine Obrigkeit auf einen bessern Weg bringen zu lassen. So findet sich auch ferner ein gar artiges Beispiel in L. 5. §. 3. D. *ad Leg. Aquil.* da ein Schuhmacher seinen Lehrling, weil er den Schuh nicht recht verfertiget, mit dem Leisten so tüchtig in den Nacken geschlagen hatte, daß der Lehrling davon rothe Augen bekam. Man fragte, ob die Iniurien-Klage wider den Schuhmacher statt finde, worauf man eine abschlägige Antwort bekam. Die Ursache hiervon stehet im gedachten Gesätz, weil nemlich der Meister dabei die Absicht gehabt hat, seinen Lehrling desto achtsamer zu machen, damit er sein Handwerck besser lernen möchte. Da er aber durch seine harte Zucht dem Lehr-Knaben Schaden zugefüget hat: so kan nur ex Lege Aquilia von Seiten des beschädigten Lehrlings gegen den Meister geklaget werden. Zuletzt findet auch keine Iniurien-Klage statt, wenn jemand einen Sterndeuter oder Wahrsager ersuchet hat, daß er ihm nach seiner Kunst und Wissenschafft wahrsagen möchte, und solcher erwehnet unter dem Wahrsagen unterschiedene Verbrechen, welche der, der sich wahrsagen läßt, begangen

gen

gen haben soll. L. 15. §. 13. D. *h. t.* Weil aber im angeführeten §pho zu Ende stehet: *Sed constitutiones eos tenent*, so würden beide straffällig seyn, wenn eine Landes-Ordnung solchen Wahrsagern das Handwerck verboten und geleget hätte, und alsdenn würde freilich dem vermeintlich Beleidigten die Denunciation frei stehen müssen. Endlich sagen wir in der Definition: *ad alterius contumeliam directum*, daß nemlich die ausgestossenen Worte oder geschehene Verrichtungen und Bezeigungen auf eines andern Schmach und Beschimpffung gerichtet seyn müssen. Solches nun geschiehet auf zweierlei Weise, entweder directe, wenn wir selbst geschmähet werden; oder indirecte, wenn jemand von unsern Anverwandten oder Bedienten beleidiget und beschimpffet wird, daß wir uns solches zur Schmach rechnen können. Dannenhero ist ein Vater z. E. die Iniurien-Klage anzustellen befugt, wenn dessen Sohn oder Tochter und Dienst-Bothe geschmähet wird; und ein Ehemann kan sich mit Recht seiner beschimpfften Ehefrau annehmen: ja so gar ein Herr hat die Befugnis, wegen seines beleidigten Hundes zu klagen. Und wird der Ehre einer Braut zu nahe getreten: so stehet auch dem Bräutigam frei, actionem iniuriarum deswegen anzustellen. L. 15. §. 24. D. *h. t.* Hierbei nun aber fragt es sich, ob eine Ehefrau solche Klage wegen ihres beschimpfften Mannes vor die Hand zu nehmen berechtiget sey? Antw. Keinesweges. Denn solche Vertheidigung würde einem Ehemanne selbsten zur Schmach gereichen, daß er solche seiner Frauen vorzunehmen erlaubte. Jedoch ist hierbei ein Fall ausgenommen, wenn nemlich die Beschimpffung eines Ehemannes so beschaffen wäre, daß der gute Name der Ehefrauen zugleich mit darunter leidet, wenn z. E. ihr Mann für einen Hörner-Träger gescholten wird: so ist leichtlich abzunehmen, wer ihm die Hörner aufgesetzet haben müsse, und daß mithin dessen Frau dadurch des Ehebruchs bezüchtiget werde. §. 2. *Inst.* L. 2. D. *h. t.* Demnach wir aber der geschimpfften Braut gedacht haben: so könte sich allerdings der Fall begeben, da so gar vier Personen Gelegenheit gegeben wird, sich wegen des directe und indirecte zugefügten Schimpffes zu beklagen, nemlich erstlich würde die Iniurien-Klage der Braut selbst zustehen, hernach würde der Bräutigam, und drittens der Braut Vater, endlich aber auch des Bräutigams Vater solche vor die Hand nehmen können, arg. L. 1. §. *ult.* D. *h. t.* woselbst noch die merckwürdigen Worte zu lesen sind: *neque ullius actionem per alium consumi*, daß nemlich keinem die Befugnis zu klagen benommen werde, wenn gleich die andern bereits deswegen geklaget haben. conf. §. 2. *Inst. h. t.*

§. 1101 s 1110. Da wir also gesehen haben, was und wie vielerlei ein angethaner Schimpff sey: so müssen wir nunmehro diejenigen Klagen vor uns nehmen, welche eine geschimpffte Person anzustellen befugt ist. Es sind aber derselben vornemlich fünfe. 1) Actio praetoria aestimatoria,

2) Persequutio extraordinaria criminalis; 3) Actio civilis et criminalis ex L. Cornelia de iniuriis; 4) Retorsio, und 5) Actio ad palinodiam. Was 1) actionem praetoriam aestimatoriam betrifft, so hat solche nach dem Bericht GELLII *Noct. Attic. lib.* XX. *cap.* I. §. 12. *seq.* folgenden Ursprung. Es stund nemlich in den LL. XII. *Tabb.* diese Verordnung: SI. INIVRIAM. ALTERI. FAXIT. VIGINTI. QVINQVE. AERIS. POENAE. SVNTO. Daß also auf eine jede Beschimpffung zu den Zeiten, da man solches Gesätz gemachet hatte, und das Geld annoch seltsam war, nur 4. Groschen ohngefehr stunden, welche Straffe nachgehends bei zunehmenden Reichthum freilich allzugering, und bemittelten Römern gar zu leicht abzutragen war. Daher hatte sich unter andern ein unverschämter Jüngling L. *Neratius*, welcher sich ein Vergnügen daraus machte, freien Bürger-Leuten zu Rom mit Maulschellen zu begegnen, und weil er allemal einen Knecht mit sich genommen hatte, welcher auf seinen Befehl einen Beutel voll Asses hinter ihn hertragen muste: so zahlte er sogleich, wie das Gesätz verordnet hatte, der Maulschellirten Person die gesetzten 25. Asses aus. Weil nun die Praetores wohl sahen, daß man auf solche Weise gedachtes Gesätz gering achten und spotten wollte: so wurde dem Beschimpfften die Befugnis gegeben, die ihnen angethane Schmach selbst zu schätzen, doch unter dem Beding, daß dem Praetori frei stehen möchte, in der Verurtheilung des Beklagten die geforderte Straffe, wenn sie sich allzu hoch beliefe, zu mässigen. Und daher führet diese Klage den Beinamen aestimatoria. Solche Klage nun wird demjenigen verstattet, welcher einen Schimpff davon getragen hat. Sie wird wider den angestellet, welcher die Kühnheit zu schimpffen begangen hat, daß nemlich derselbe einen gewissen und gesetzten Werth zur Straffe der angethanen Schmach erlegen soll. Indem aber diese Klage eintzig und allein sich zu rächen angestellet wird: so ist sie in den Rechten verhässig, und kan weder von den Erben des Klägers, noch wider die Erben des Beklagten, noch auch nach Verfliessung eines Jahres angestellet werden, §. 7. *Inst. h. t.* Nächstdem hatte man 2) persequutionem extraordinariam criminalem, welche man in unterschiedenen Fällen gebrauchen konte, unter welchen wir insonderheit drei zu merken haben. α) Wenn die Beschimpffung gar zu grob und schwer zu ertragen war. β) Wenn man den äusserlichen Gottesdienst, oder die Personen, welche denselben verrichteten, geschmähet hatte, L. 10. L. 13. *Cod. de episcopis et clericis.* γ) Wenn man auf jemand eine Schmähschrifft verfertiget und ausgestreuet hatte, worin den Beschimpfften ein capitales Verbrechen vorgeworffen wurde, es mochte sich der Verfasser darin unterschrieben oder nicht unterschrieben haben: genug, daß er solche Schrift aus boßhaftem Vorsatz gemein gemacht hat. In diesem und dem

dem zweiten Fall hat man auf solche Beschimpffung eine Leib- und Lebens-Straffe gesetzet, L. *un Cod. de famosis libellis.* Aber auf andere gröbliche Beschimpffungen stehet eine willkührliche Straffe, nemlich nach befundenen Umständen Landes-Verweisung, Staupenschlag, Festungs-Bau, u. d. g. L. *ult.* D. *h. t.* Uebrigens verdienet noch angemercket zu werden, daß man, nach angestellter æstimatorien Klage, die peinliche Anklage anzustellen nicht befugt sey. Denn weil sie alle beide auf eine Bestraffung gehen, und niemand wegen eines und desselben Verbrechens zweimal abgestraffet wird: so hebet eine Klage die andere auf, L. 6. L. 7. D. *h. t.* 3) Die actio ex Lege Cornelia de iniuriis ist ebenfalls civilis seu æstimatoria, oder criminalis, und gehet auf eine willkührliche Straffe. Da man nun solchemnach eben das per actionem ex Lege Cornelia erhält, was man per actionem prætoriam æstimatoriam, und durch gedachte peinliche Anklage erlanget: so fragt es sich, ob unter solchen Klagen ein Unterschied sey, und ob man nicht ein und die andere entbehren könne? Antw. Es ist allerdings ein Unterscheid zwischen diesen Klagen. Denn a) ist prætoria allgemein, und wird so wol wegen der Schimpff-Worte, als auch wegen schimpfflicher Unthaten verstattet: hergegen gehet die actio ex Lege Cornelia nur auf gewisse Fälle, und diese sind folgende drei: 1) Wenn jemand geprügelt war; 2) Wenn man einen sonst gestossen hatte; 3) Wenn man mit Gewalt in jemandes Haus gedrungen war. Wegen der beiden ersten Fälle ist die unterschiedliche Bedeutung zwischen verberare und pulsare zu mercken L. 5. §. 1. D. *h. t.* Betreffend den letzten Fall, so schien derjenige ein gottloser Kerl zu seyn, welcher einen Eigenthümer in seinem Hause beunruhigte, und nicht mehr Ehrfurcht gegen dessen Haus-Götzen bezeigte, da insonderheit um dieser Willen ein jeder sicher und ruhig in seinem Hause zu wohnen meinete. L. 18. D. *de in ius vocando.* Ein gleiches hat man an einigen Orten in Teutschland verordnet, wo man über den Haus-Frieden sehr streng zu halten pfleget, wovon mit mehrern nachgelesen werden kan GEORGII BEYERI *dissertatio de pace domestica.* b) Die actio prætoria kan nur innerhalb einem Jahre, oder auch anno utili, wie einige meinen, angestellet werden. L. 5. *Cod. h. t.* aber actio ex Lege Cornelia innerhalb gantzer 30. Jahren, wenn man civiliter klaget, aber nur innerhalb 20. Jahren, wenn man criminaliter klagen wollte. Davon wir unten (§. 1271.) eigentlich angezeiget haben. Wir wenden uns der Ordnung nach 4) zu der Retorsion oder Zurückschiebung der Schimpff-Worte. Durch diese aber verstehen wir keine ordentliche Klage, sondern eine Privat-Rache, welche vornemlich darin bestehet, daß wenn jemand gescholten oder geschimpffet wird, er solchen Schimpff so gleich auf der Stelle, da er ihn höret, gegen den, der geschimpffet hat, wiederum ausspricht, und also von sich zurück wältzet. In unsern Römischen Rechten finden sich keine andere

Exempel

Exempel einer Retorſion, als welche nur in folgenden Redens-Arten beſtehet: *Tu mentiris; immo tu mendaciſſimus homo es.* L. 14. §. 6. D. *de bon. libert.* L. 25. D. *de procurat.* Hauptſächlich nun haben wir von der Retorſion folgendes zu mercken, a) daß ſolche nur ſtatt finde bei den Beſchimpffungen, welche mit Worten geſchehen: mithin müſte derjenige einer Straffe gewärtig ſeyn, welcher, nachdem er von jemand Prügel bekommen hätte, dem Richter ins Amt greiffen, und ſeinen Beleidiger wiederum abprügeln wollte. b) Daß die Retorſion die Iniurien Klage aufhebe, weil man ſich ſelbſt Recht geſprochen, und folglich die richterliche Hülffe dadurch abgeſaget hat. c) Daß man die Retorſion im gemeinen Leben nur dulten, keinesweges aber loben müſſe. Denn es iſt dieſes auſſergerichtliche remedium, wie es in vorigen Zeiten gebräuchlich geweſen iſt, und noch heutiges Tages an unterſchiedenen Orten im Schwange gehet, mit einer groſſen Gottloſigkeit verwandt. Man braucht ſo gar notarios publicos, halbgelehrte Advocaten, Zungen-Treſcher, und die verwegenſten Schlucker zu ſolcher Selbſt-Rache, welche gemeiniglich die Retorſion ſchrifftlich entwerffen, und den Iniurianten mit den gröbſten Ausdrückungen und Redens-Arten, nach längſt verſtrichener Zeit, in das Haus lieffern müſſen. Und dieſes alles iſt in den Rechten keinesweges gegründet: zu geſchweigen, daß ſolches gantz und gar mit den Lehrſätzen des Chriſtenthums nicht überein kömmt. Wer hiervon ein mehrers zu wiſſen verlanget, der leſe STRVVII Traktat *de vindicta privata*, und die Streit-Schriften, welche STRVV, PFANKVCHEN und SLEVOGT mit einander gewechſelt haben. Hierauf folget 5) das letzte remedium, welches man keinesweges in Römiſchen Rechten, wohl aber in dem Rechts-Gebrauch bei uns Teutſchen findet, ſolches iſt actio ad palinodiam, wodurch der geſchimpffte Kläger den Iniurianten zum Widerruff der heraus geſtoſſenen Schimpff-Worte gerichtlich anhalten läſſet. Es iſt dieſe eine für den Beklagten höchſt-gefährliche Klage; weil ſie infamiret. Man hat dabei im Gebrauch, daß der Beklagte vor den Gerichten ſich ſelbſt auf den Mund ſchlagen und dabei ſagen muß: **Maul, du haſt dieſes alles gelogen, als ein unverſchämtes Maul.** Und eben dieſes iſt die Urſache, quum fama hominum non ſit temere iactanda, daß ſolcher gerichtlicher Widerruff gar ſelten, und nur in caſu iniuriæ atrocioris verbalis vorgenommen wird. Ja wegen der abſcheulichen Umſtände, womit die Palinodia an unterſchiedenen Orten verknüpfft geweſen iſt, da z. E. der Iniuriant **vor öffentlich gehegten Gericht, vor dem Rath offenes Hauſes, auf dem ehrloſen Blocke** widerruffen muſte, hat man dieſes remedium gäntzlich abgeſchaffet. S. *Statut. Hamb.* P. IV. *art.* 58. Es iſt hiernächſt leicht abzunehmen, daß ſich bei ſolchem Verfahren ſelbſt der Kläger noch mehr in üble Nachrede ſetzet, wodurch ihm allerhand Beſchwerlichkeit zuwachſen kan. Nam ſemper aliquid

aliquid hæret. Beſſer iſt es dannenhero, wenn er den andern ex Lege diffamari belanget, und bittet den Richter, daß dem Diffamanten ein Termin angeſetzet werde, da er ſolches mit Beweiß ausführen ſolle: widrigenfalls muſſe er gewärtig ſeyn, daß ihm ein ewiges Stillſchweigen auferleget werde. Kömmt nun der Beklagte nicht: ſo wird ihm das Stillſchweigen auferleget, und nachgehends findet exceptio veritatis nicht ſtatt. Nun iſt zwar der Mißbrauch dieſes Verfahrens offenbar; weil ſich deſſelben oftmals ſolche Perſonen bedienen, die z. E. in der Leute Mäuler nicht allein, ſondern auch in der That Ehebrecher ſind. Sie belangen den einen ex Lege diffamari; wenn nun dieſer nicht beweiſen will, und geſchehen läſt, daß ihm ein Stillſchweigen auferleget wird: ſo ſtellt hernach gedachter Ehebrecher actionem iniuriarum wider ihn an, welches ihm den Rechten nach erlaubt iſt. Und er kan alsdenn den Beklagten zur Satisfaction anhalten laſſen: weil er ſilentio impoſito keine exceptionem veritatis von Seiten des Beklagten zu befürchten hat. Ungeachtet nun ſolches remedium oft gemißbrauchet wird: ſo bleibet doch ſo wol der Diffamat, als der Diffamant bei Ehren, und die äuſſerliche Zucht im gemeinen Leben wird auf ſolche Weiſe, da andere ſehen, was ſie ſich durch unverſchämte Nachreden für Weitläufftigkeiten auf den Hals ziehen, doch einiger maaſſen befördert. LAVTERBACH *diſſ. de actione iniuriarum recantatoria.* Will nun ein vernünftiger Mann, der einen Abſcheu vor dem gefährlichen Widerruff heget, von einem angethanen Schimpff oder übeler Nachrede, ohne exceptionem veritatis ſonderlich zu befürchten, als welche die actionem ad palinodiam ohnedieß aufhebet, kurtz abkommen: ſo dringet er auf Deprecationem Chriſtianam, d. i. er ſuchet von dem, der ihn geſchimpffet hat, bei dem Richter weiter nichts, als Iniurianten anzuhalten, daß er ihm eine chriſtliche Abbitte zu thun ſchuldig ſey? Oder ſind die ehrenrührigen Worte des Iniurianten zweideutig: ſo bittet ein Iniuriat um eine Ehren-Erklärung, daß nemlich *Iniuriant* den *Iniuriaten* für einen ehrlichen Mann halte, und nichts, als alles liebes und gutes von ihm wiſſe: daher auch in keinem Böſen von ihm geſprochen habe. Dieſe beiden letzten Klagen ſind noch am allergebräuchlichſten, und bei wohlgeſitteten Einwohnern und Unterthanen nimmt man ſo wol auf des Klägers, als Beklagten Seiten den Teutſchen Sitten-Spruch in acht: Man müſſe lieber zehen Leute ehrlich, als einen unehrlich zu machen ſuchen. Und was inſonderheit auch die chriſtliche Abbitte ſelbſt betrifft, ſo beſtehet ſolche darin, daß Iniuriant dem Iniuriaten die rechte Hand darreichet, und dabei ſich der Worte gebrauchet: Es gereuet mich des angethanen Schimpffes und aller wider ihn heraus geſtoſſenen Schmäh-Worte; daher bitte ich, daß er mir, wie einem Chriſten gebühret und zuſtehet, alles verzeihen wolle: dagegen verſpreche ich ins künftige meine Zunge

beſſer im Zaum zu halten, und mich aller üblen Nachrede und Schmähungen zu enthalten. Es iſt aber kein Zweiffel, daß die Worte ſolcher Abbitte nicht nach befundenen Umſtänden entweder beißender oder gelinder eingerichtet werden dürffen: zumal da es auch wohl in manchen Gerichten, darnach die Perſonen ſind, allein bei der Handreichung ſein Bewenden hat, ohne dabei viel Worte zu ſprechen. S. MEV. *Part.* III. *Dec.* 30. und CARPZOV. *Prax. Crim. Queſt.* 94. *n.* 18. ſequ.

§. IIII. Es iſt endlich noch die Frage übrig, in welchen Fällen die actio iniuriarum nicht angeſtellet werden könne. Wir haben demnach allhier 4. ſolche Fälle beigebracht, worunter der 1) iſt die bereits geſchehene ſo genannte *Retorſio*, krafft welcher man Scheltwort mit Scheltwort vergilt, und ſolchergeſtalt ſchon ſein eigener Richter iſt, mithin ſich aller richterlichen Hülfe begeben zu haben ſcheinet. Dabei iſt vornemlich zu mercken, daß man die Retorſion bei uns eben deswegen noch dulte, weil auf ſolche Art aller künftiger Hader vor Gericht, dahin auch actio iniuriarum gehöret, aufgehoben wird: wiewol unter uns bekannt genug iſt, daß ſolche offenbare Selbſt-Rache der Heil. Schrifft ſchnurſtracks entgegen iſt, als welche uns das Widerſchelten nachdrücklich genug verboten. *Matth.* V, 44. *Luc.* VI, 27. *Rom.* XII, 17. 1. *Petr.* III, 9. Indeſſen haben wir an der erlaubten Retorſion ein offenbares Beiſpiel, da alle Injurien für delicta gehalten werden, daß paria delicta mutua compenſatione einander aufheben, jedoch nur quoad intereſſe civile, L. 39. D. *Soluto matrim.* nicht aber quoad intereſſe criminale. MEVIVS P. VII. *Dec.* 114. Der 2) Fall iſt, wenn man ſich den angethanen Schimpff nicht zu Gemüthe gezogen hat, und zwar dergeſtalt, daß man wircklich die ausgeſtoſſenen Schmäh-Worte verbiſſen, und ungeſtrafft hingehen zu laſſen ſcheinen kan. Solches geduldige Bezeigen des Iniuriaten heißt remiſſio, und geſchiehet entweder ausdrücklich oder ſtillſchweigend. Jenenfalls deutet der Beſchimpffte den Iniurianten mit deutlichen Worten, z. E. vergebe es euch Gott, ich nehme mir deſſen nicht an, wir bleiben deshalb doch gute Freunde, u. d. m. ſeine Gedult und Erlaſſung an. Andernfalls aber geſchichet eine Remiſſion durch ſolches Bezeigen, woraus ſolche deutlich abzunehmen iſt, z. E. wenn der Iniuriat mit Iniurianten der vorher gegangenen Schmähung ungeachtet freundlich und vertraulich umgehet, oder auch nur in deſſen Geſellſchafft iſſet, trincket, oder auch mit ihm ein Spielgen macht. §. *ult. Inſt. h. t.* 3) Findet keine Injurien-Klage ſtatt, wenn der Iniuriat das Recht zu klagen hat verjähren laſſen, ſo daß die præſcriptio nach wircklich verſtrichener Zeit, in welcher er hätte klagen ſollen, ihre Richtigkeit hat. Sie hat aber ihre Richtigkeit in Anſehung der Prætoriſchen Æſtimatorien-Klage, wenn obgedachter maaſſen ein Jahr verfloſſen iſt, L. 5. *Cod.* L. 7. §. 6. D. *h. t.* und zwar annus utilis, L. 14. §. 2. D.

Quod

Quod met. cauſ. in Anſehung der actionis civilis ex Lege Cornelia erſt nach völlig verſtrichenen 30. Jahren: in Anſehung der actionis criminalis ex Lege Cornelia aber, wenn 20. Jahre verfloſſen ſind. L. 5. *Cod. h. t.* 4) Findet keine Iniurien-Klage ferner ſtatt, wenn ſo wol der Iniuriant, als der Iniuriat, oder einer von beiden mit Tode abgegangen ſind. §. 1. Inſt. de perpet. & tempor. action. L. 10. §. 2. D. *ſi quis caut. iud. ſiſt.* & GAIL. *lib.* 1. *Obſ.* 64. Denn wir haben bereits oben vernommen, daß keine Iniurien-Klage weder von den Erben des Iniuriaten, noch wider die Erben des Iniurianten angeſtellet werden könne, weil man vermittelſt derſelben bloß Rache an einer Perſon auszuüben zum Endzweck hat. Daher erlöſchet auch billig die Befugnis, ſolche vor die Hand zu nehmen, wenn der Tod von einer oder allen beiden Seiten das Lebens-Licht ausbläſet. So viel aber wird ein jeder Zuhörer bereits wiſſen, daß, im Fall noch vor dem Ableben der Krieg Rechtens befeſtiget iſt, ſolcher quaſi contractus auch die Erben verbinde, in dem bereits angeſtellten Proceß fortzufahren, folglich dasjenige noch gerichtlich abthun zu laſſen, was der Tod bereits beigeleget hat, L. 13. *princ.* D. *h. t.* Da wir nun hiermit dieſen Titul zu Ende gebracht, und bereits unterſchiedenes von dem Rechts-Gebrauch in Anſehung der Iniurien-Klage mit eingeſtreuet haben: ſo iſt nichts mehr übrig, als daß wir nun noch folgendes hinzu ſetzen, 1) weil der gute Leimund, ein guter Name, Hochachtung und Ehre jedermann ſehr lieb zu ſeyn pflegen; weil oft ſein gantzer Wohlſtand darauf beruhet, welches man inſonderheit an unverheuratheten Perſonen, und ſonderlich an Jungfrauen, wie auch an Kaufleuten, u. d. g. wahrnehmen kan: ſo iſt hieraus der ungezwungene Schluß zu machen, daß der geringſte Muthwillen, wodurch jemandes Ehre ein Schandfleck angehänget wird, vornemlich jungen Leuten viel Verantwortung zuziehen kan. Es ſtreitet demnach alles ehrenrührige Bezeigen, es beſtehe worinnen es wolle, ſchon ohne dis wider den natürlichen Rechts-Lehrſatz: *Quod tibi non vis fieri, alteri ne feceris.* Da nun jedermann auf die Erhaltung ſeiner Ehre und ſeines guten Leimunds bedacht zu ſeyn, vermöge des Natur-Geſätzes, verbunden iſt: ſo ſind diejenigen Perſonen abſonderlich, welche vor allen Dingen über Ehre und äuſſerliche Hochachtung, ohne die ihr glücklicher Zuſtand nicht beſtehen kan, zu halten haben, in der gerechteſten Befugniß, ſich wegen des angethanen Schimpffes, oder übler Nachrede, mit Zuziehung richterlicher Hülffe an den Feinden ihres guten Namens zu rächen. 2) Die Iniurien-Klagen werden in den Gerichten bei uns wenig geachtet, auſſer, wenn muthwillige Iniurianten nicht nur der äuſſerlichen Zucht, Ruhe und Sicherheit überhaupt, ſondern auch beſonders einer Perſon, und derſelben anſehnlichen Geſchlechte, wegen verletzter Ehre ſehr gefährlich ſeyn können. Daher kommt es, daß ein Richter nur in ſolchen Fällen die Iniurien-Klage hoch anſiehet, und

die Iniurianten deswegen empfindlich abzuſtraffen pfleget. Andern Falls aber, wo die Kränckung unſers guten Namens noch ziemlich zu überſehen iſt, da heißt es auch, minima non curat Prætor. 3) Man muß ſich nicht eine jede Schmach zu Gemüthe ziehen, daß man ſich ſo gleich deswegen in den Harniſch jagen läßt, oder aus Rachbegierde ſo fort den Richter überlauffen wolte: weil keine Privat-Perſon vermögend iſt, uns derjenigen Ehre zu berauben, welche uns von andern wegen unſerer Geſchicklichkeit und tugendhafften Lebens-Art vielfältig erwieſen wird.

Tit. V.

De Obligationibus, Quæ Quaſi Ex Delicto Naſcuntur.

§. 1112.

Wir haben bisher die vier delicta vera & privata, nemlich den Diebſtahl, den Raub, die unbefugte Beſchädigung und Beſchimpffung abgehandelt: Daher haben wir nunmehro noch die quaſi delicta vor uns zu nehmen, welche obgedachter maaſſen nichts anders, als unerlaubte facta ſind, die man ohne boshafften Vorſatz, und nur aus Verſehen begehet. Zwar werden dieſelben von einigen auf andere Weiſe erkläret: aber ſolcher Leute Bemühung iſt vergeblich. Denn ſie geben ihre Unwiſſenheit dadurch zu erkennen, und zeigen, daß ſie von den quaſi delictis keinen wahren Begriff haben. So giebt man unter andern vor, ein quaſi delictum ſey eine Verbindlichkeit, welche weder aus einem Contrakt, noch aus einem Verbrechen entſtünde. Zu Beſtärckung dieſer Meinung pfleget man das *princ. Inſt. h. t.* anzuführen; allein damit wird nur geſagt, was die Sache nicht ſey, keinesweges aber, was ſie ſey: als welches letztere durch eine gute Erklärung ſchlechterdings geſchehen muß. Von gleichem Schrot und Korn iſt auch die Definition, welche ein gewiſſer groſſer Rechtslehrer in Jena von dem quaſi delicto gegeben hat, als wenn nemlich daſſelbe eine Verbindlichkeit wäre, welche aus anderer Leute Verſehen entſtünde, das man ſich zuſchreiben laſſen müſte. Man kan dieſe Erklärung einer offenbaren Falſchheit bezüchtigen. Denn z. E. ein Richter, welcher aus Unverſtand ein ungerechtes Urtheil ſpricht, begehet wircklich ein quaſi delictum, wie aus dem *princ. Inſt. h. t.* erhellet (§. 1039.). Nun aber iſt aus L. 2. D. quod quisq. iur. in alt. bekannt, daß ein Richter, wenn er aus Verſehen ſeiner Beiſitzer ein ungerechtes Urtheil gemachet hat, von aller

Straffe

Straffe frei zu ſprechen ſey: wie ſolte denn alſo demſelben anderer Leute Verſehen zugerechnet werden, und dennoch begehet er ein quaſi delictum, wenn er den Parteien einen ungerechten Beſcheid aus Unverſtand ertheilet: daher erwächſet das quaſi delictum ohne Zweifel aus einem eigenen Verſehen. Man möchte hier folgende Einwendung machen, daß das quaſi delictum de effuſis & deiectis, wenn ein Knecht oder eine Magd etwas aus dem Fenſter geußt oder wirfft, und andern Leuten dadurch Schaden zufüget, dennoch dem Herrn des Hauſes zugeſchrieben werde. Allein hierauf dienet zur Antwort: Eigentlich wird das factum ſervi vel ancillæ dem Haus-Herrn nicht zugerechnet, ſondern ein Haus-Herr iſt deswegen ſelbſt Schuld an dem verurſachten Schaden, daß er keine behutſamere Leute in ſeinen Dienſt aufgenommen hat, §. *ult. Inſt. h. t.* Dieſes zum Voraus geſetzt, ſo ſchreiten wir zu den quaſi delictis nunmehro ſelbſt, und finden wir alhier folgende namhaft gemacht. 1) Quaſi delictum iudicis, litem ſuam facientis. (§. 1113.) 2) De effuſis & deiectis. (§. 1114-1116.) 3) De ſuſpenſo & poſito. (§. 1117-1119.) 4) Nautarum, cauponum, ſtabulariorum. (§. 1120-1122.) 5) Miſericordia intempeſtiva, und 6) Conniventia intempeſtiva (§. 1123). Beiläuffig mercken wir, daß aus allen quaſi delictis eine einzige Klage entſtehet, nemlich die actio in factum: wiewol ſie unterſchiedene Beinamen bekommt, z. E. actio in factum de effuſis & deiectis, actio in factum adverſus nautas, caupones & ſtabularios &c.

§. 1113. Das erſte quaſi delictum, welches wir hier abzuhandeln haben, iſt iudicis litem ſuam facientis. Sonſt iſt der Rang eines Richters, den man ratione ſeines Amtes allemal in groſſen Ehren zu halten hat, wenn er nemlich daſſelbe mit Verwaltung und Handhabung der Juſtitz rechtſchaffen beobachtet, über vielen andern hoch angeſetzet: da aber ein ungerechtes Urtheil als ein ſchweres Verbrechen vor allen andern angeſehen wird: ſo hat auch deſſen quaſi delictum alhier die erſte Stelle überkommen. Fragt man aber, was litem ſuam facere bedeute, ſo heißt es nichts anders, als aus Unverſtand ein ungerechtes Urtheil ſprechen. Demnach haben wir hier drei Fälle zu unterſcheiden; entweder da der Richter aus boshaften Vorſatz eine ungerechte Sententz ertheilet, z. E. aus Haß und Feindſchafft; oder er hat ſolches aus Unverſtand und Einfalt gethan, da er nicht weiß, wo er in der Rechtsgelahrtheit zu Hauſe iſt, wie geſchehen kan, wenn ein Schneider das Burgemeiſter-Amt erhält, und er daher ſich das Recht mit der Elle auszumeſſen gelieben läßt; oder ein der Rechten unerfahrner Richter hat ſolche Beiſitzer, welche man in Frießland Iureconſultos Penſionarios nennet, bei Verfertigung des Urtheils um Rath gefraget, und mithin daſſelbe nach ihrer Meinung eingerichtet. Im erſten Fall kan der Richter eines veri delicti beſchuldiget werden, und muß daher nicht allein für den ganzen Proceß ſtehen, ſondern er wird auch infam und ſeines

Amtes entſetzet. L. 15. §. 1. D. *de iudic.* L. *ult. Cod. de pœn. iud. qui mal. iud.* Ja was noch mehr, wenn er ſich hat mit Geld beſtechen laſſen: ſo kan man ihn criminaliter belangen ex L. Iulia repetundarum L. 1. L. 6. §. *ult.* D. *ad* L. *Iul. repetundarum.* Im dritten Fall kan man nicht wider den Richter klagen, ſondern man muß deſſen Beiſitzern mit der Klage zu Halſe gehen, als welche dem Richter einen ſo böſen Rath unter den Fuß gegeben haben, L. 2. D. *quod quisq. iur. in alter.* Es bleibt uns demnach der zweite Fall noch übrig, da ein Richter eines quaſi delicti wircklich beſchuldiget werden kan, indem er aus Unverſtand ein ungerechtes Urtheil geſprochen hat, da er der Rechte nicht kundig iſt, und keine Rechtserfahrnere um Rath gefraget hat: und darin beſtehet eigentlich ſein Verſehen. Was nun deſſen Straffe betrifft, ſo iſt ſolche willkührlich, und wird nach den befundenen Umſtänden beſtimmet, *princ. Inſt. h. t.* Die Klage, welche man wegen dieſes quaſi delicti anſtellet, wird im Römiſchen Recht actio in factum, aber von den Gloſſatoribus und Pragmaticis actio de ſyndicatu genannt. Solche ſtehet demjenigen zu, wider welchen der Richter aus Unverſtand das ungerechte Urtheil ausgeſprochen hat: man belanget damit den unverſtändigen und ungerecht ſententionirenden Richter, daß ihm nach befundenen Umſtänden eine Straffe auferleget werde. Hier aber möchte man nun folgende Einwendung machen, nemlich daß dieſe Straffe unbillig ſey; weil ſich der Kläger ſolches ſelbſt zuſchreiben müſſe, daß er von einem ſo ungerechten und ungereimten Urtheil nicht adpelliret habe: allein wir antworten hierauf in dem *Scholio* mit dem berühmten CASP. ZIEGLER, daß zwar die widrige Partei das Recht, ſolche Einwendung zu machen, aus der verabſäumten Adpellation überkomme, keinesweges aber ein Richter daher ſich zu entſchuldigen berechtiget werde. Wenn demnach der Richter dergleichen Einwendung machen wolte; ſo wäre ſie ſchlechterdings als verwerfflich anzuſehen: weil er ſich auf ein Recht beruſte, welches zwar andern, aber keinesweges ihm zuſtehet.

§. 1114. 1116. Das zweite quaſi delictum iſt *de effuſis & deiectis.* Solches beſtehet darin, daß aus unſerm Hauſe etwas herunter gegoſſen oder geworffen iſt, und zwar an einem ſolchen Ort, wo die Leute zu gehen und zu ſtehen pflegen. Wenn demnach jemanden dadurch ein Schade zugefüget iſt: ſo muß der Haus-Herr davor ſtehen, ob er gleich in Perſon nichts herunter gegoſſen, oder herab geworffen hat, und zwar nicht darum, daß man ihm ein fremdes Verſehen zuſchreibet, ſondern weil er ſelbſt nicht auſſer Schuld iſt, da er ſo unbehutſames Volck in ſeinem Dienſte oder Hauſe hält und heget. Jedoch hier kommen wiederum vier Fälle vor, welche man wohl von einander zu unterſcheiden, und von deren jeglichen der Prætor in ſeinem edicto eine beſondere Verordnung geſtellet hat. Der erſte iſt, wenn durch ſolchen Guß oder

Wurff

Wurff ein Schade geſchehen iſt, den man auf einen gewiſſen Werth ſchätzen kan, man hat z. E. einen Knecht zu todte geworffen, man hat jemandes Kleider verdorben. Desfalls iſt die actio in factum von Seiten desjenigen, dem der Schade wiederfahren iſt, wider den Haus-Herrn anzuſtellen. Aber dieſe Klage gehet nicht wider deſſen Erben, weil ſie actio pœnalis iſt. Sie gehet aber auf die doppelte Erſetzung, und die Befugniß, ſelbige vor die Hand zu nehmen, dauret 30. Jahre. L. 5. §. 5. D. *de his, qui effud. vel dej.* Der zweite Fall beſtehet darin. Man hat auf gedachte Weiſe einen freien Menſchen ums Leben gebracht, und mithin einen unſchätzbaren Schaden angerichtet. Hier klagt man mit der actione in factum, welche popularis iſt, die aber nicht über ein Jahr dauret, und weder von den Erben, noch wider die Erben angeſtellet werden kan. L. 5. §. 5. D. *eod.* & §. 1. *Inſt. h. t.* Sie heißt aber darum actio popularis, weil ein jeder von dem Volck wider den Herrn des Hauſes, doch nicht wider deſſen Erben, zu klagen berechtiget iſt. Sie hält den Beklagten an, dem Kläger 50. Gold-Gülden Straffe auszuzahlen, L. 1. §. 5. D. *eod.* Der dritte Fall verhält ſich folgender maaſſen. Es iſt zwar ein freier Menſch durch obgedachten Wurff nicht zu todte gekommen, aber doch verwundet, oder deſſen Leib auf andere Weiſe beſchädiget worden. Weil nun Wunden und Schmertzen hier in keine Schätzung kommen: ſo ſchätzet man nur die Verſäumnis-Gebühr und das aufgewandte Heilerlohn, wie auch andere daher rührende Schäden, wie wir bereits oben bei Abhandlung des Aquiliſchen Geſätzes (§. 1092.) geſehen haben. Derowegen gebühret dieſe Klage dem Verwundeten wider den Haus-Herrn, aber nicht wider deſſen Erben, um dadurch die Verſäumnis-Gebühren, das ausgezahlte Heilerlohn und andern Schaden von denſelben zu erhalten. Die actio in factum hat in ſolchem Fall ebenfalls in Anſehung der Befugnis zu klagen 30. Jahre. L. 5. §. 5. L. *ult.* D. *eod.* Von dem vierten und letzten Fall finden wir in dem Römiſchen Recht ein Beiſpiel an einem Herrn, von deſſen Knecht bekannt war, daß er durch einen Wurff oder Guß andern Leuten Schaden vom Hauſe aus zugefüget hatte. Deswegen wurde der Herr anders nicht als noxaliter von dem Kläger angehalten, d. i. der Herr war verbunden, zu Erſetzung des Schadens den Knecht heraus zu geben: und darum wurde auch desfalls actio in factum noxalis angeſtellet, welche allemal der verletzten Perſon wider einen jedweden Beſitzer des gedachten Knechts, weil die actiones noxales in rem ſcriptæ ſind, (§. 1146.) zuſtund, damit entweder der Schade mit Gelde, oder mit Uebergebung des Knechts gut gethan würde.

§. 1117-1119. Das dritte quaſi delictum iſt, wenn jemand etwas über einen ſolchen Ort, wo man gemeiniglich gehet oder ſtehet, oberwärts an dem Hauſe geſetzet oder gehänget hat, durch deſſen Fall leichtlich Schaden verur-

verurſachet werden kan, L. 5. §. 6. D. *de his, qui effud. vel deiec.* Denn ob gleich ſolchergeſtalt noch kein Schade geſchehen iſt, aber doch leicht geſchehen könte, und daher einer Stadt darum zu thun iſt, daß man auf öffentlicher Straſſe ſicher und ohne Gefahr gehen kan: ſo hat der Prætor deswegen zu Rom einem jeden von dem Volck actionem in factum ad decem aureos verſtattet. Dannenhero konte auch jedermann deswegen adverſus ponentem vel ſuſpendentem, aber nicht adverſus habitatorem auf die zehen Gold-Gülden klagen, L. 5. §. 6. & 12. D. *eod.* Hatte ein Herr nun zu Rom ſeinem Knechte befohlen, auf ſo eine gefährliche Weiſe etwas heraus zu ſetzen oder zu hängen, oder nur es geſchehen laſſen, daß durch ſolche gefährliche Ausſtellung ein Schade zu befürchten war, ſo muſte der Herr gedachtes Geld erlegen, und konte den Kläger keinesweges mit Ueberlieferung des Knechts abweiſen. L. 5. §. 9. 10. D. *eod.* Hatte aber der Knecht wider Wiſſen und Willen des Herrn ſolches gethan: ſo fand actio in factum noxalis allerdings ſtatt. Und ſolche konte ein jedweder von dem Volck wider einen jeglichen Beſitzer des Knechts zu dem Ende brauchen, daß der Poſſeſſor ſervi entweder die zehen aureos auszahlen, oder an deren Statt den Knecht heraus geben muſte. L. 2. *prine.* D. *de noxal. act.* So iſt auch bekannt, daß man vor *Juſtiniani* Zeiten auf gleiche Weiſe mit einem Vater verfuhr, als welcher ſo wol dieſes als des vorhergehenden quaſi delicti bezüchtiget wurde, wenn deſſen filius familias, ob er gleich ſeine beſondere Wohnung hatte, und ſich nicht bei dem Vater befand, durch einen Guß oder Wurff Schaden angerichtet, oder auf eine gefährliche Weiſe etwas an die Gebäude geſtellet oder herab gehänget hatte. Denn deſſen Vater muſte dafür ſtehen, und entweder die geſetzte Straffe erlegen, oder den filium familias dem Kläger dafür überlaſſen. So bald aber *Juſtinianus* den Vätern verboten hatte, ihre Kinder an Zahlungs ſtatt auszuliefern, §. *ult. Inſt. de noxal. action.* ſo fieng man an wider den Sohn ſelbſt zu klagen. Wenn nun der Sohn Sach-fällig wurde: ſo wurde der Vater actione iudicati belanget, daß er die dem Sohne gerichtlich zuerkannte Straffe von deſſen peculio erlegen muſte, L. 57. D. *de iudic.* Hier möchte jemand einen Einwurff machen, daß die actio de peculio nicht ex delictis, ſondern ex contractibus filii familias wider den Vater ſtatt finde, L. 58. D. *de Reg. Iur.* Aber wir antworten hierauf: Die actio iudicati rühret nicht aus einem delicto her, ſondern erwächſet ex quaſi contractu litis conteſtationis, mithin muß ſie auch füglich wider den Vater peculio tenus ſtatt finden, L. 1. L. 3. §. 11. D. *de pecul.* In dieſen und dergleichen Fällen aber procediret man bei uns in Teutſchland gantz anders. Denn man denunciret der Obrigkeit, welchergeſtalt der Einwohner eines Hauſes durch Herausſetzung oder ſchwebende Stellung ſchwer fallender Sachen die Straſſe und Gaſſe unſicher mache. Darauf wird eine Beſichtigung angeſtellet, und dem

dem Einwohner gedachte Sache hinweg zu ſchaffen anbefohlen. Geſchiehet ſolches nicht: ſo läßt die Obrigkeit ſelbſt durch die Stadt-Diener, oder andere dazu beſtellte Leute, welche damit umzugehen wiſſen, ſolchen gefährlichen Anbau und ſchwebendes Gerüſte herab nehmen. Wenigſtens, im Fall ein Hauswirth dergleichen nicht entbehren könte, wird ihm anbefohlen, dergleichen Gerüſte zu unterſtützen, oder beſſer zu befeſtigen.

§. 1120-1122. Hier folget nunmehro das **vierte** quaſi delictum, nemlich nautarum, cauponum, ſtabulariorum. Hierbei nun ſind drei Fälle durch Unterſcheidung wohl aus einander zu ſetzen: damit bei gantz unterſchiedenen Dingen alle Confuſion und Irrungen vermieden werden. 1) Kan es ſeyn, daß Nautæ, Caupones, Stabularii, oder alle dergleichen Leute, welche unſere Habſeligkeiten in Empfang genommen haben, und deswegen Red und Antwort davon geben müſſen, den anvertrauten Gütern entweder ſelbſt Schaden gethan, oder dieſelbe wohl gar entwendet haben. In ſolchem und dergleichen Fällen belanget man dieſelben ex vero delicto, z. E. actione furti, oder ex L. Aquilia, u. d. gl. 2) Geſchiehet es auch wohl, daß nicht dieſe gedachte Leute, welche die Sachen in Empfang genommen haben, ſondern andere, z. E. die mitreiſenden Perſonen, es mag ſeyn auf einem Schiff, einer Poſt, einer Land-Kutſchen, in dem Wirths-Hauſe, oder wo es will, das anvertrauete Gut entweder beſchädigen, oder wohl gar diebiſcher Weiſe entwenden. Da klaget man wider den Aufnehmer der Sachen ex quaſi contractu. Denn wer nur von ſolchen Leuten, ſie mögen ſeyn Poſtmeiſter, Land-Kutſcher, Schiffer, Gaſtwirthe, oder dergleichen, fremdes Gut in Empfang bekommen hat, von demſelben wird den Rechten nach die Vermuthung gemacht, er habe ſtillſchweigend verſprochen, die aufgenommenen Sachen zu verwahren: und desfalls hat darum derjenige, welchem der Schade wiederfahren iſt, das Recht wider den Aufnehmer zu klagen, daß er das aufgenommene Gut wieder heraus zu geben, und allen daran verübten Schaden gut zu thun ſchuldig ſey. L. 1. L. 3. L. 5. D. *Nautæ, caupon. ſtab. ut rec. reſt.* 3) Trägt es ſich endlich auch wohl in den Wirths-Häuſern, auf Schiffen, auf Land-Kutſchen, Poſten, und dergleichen, unterweilen zu, daß Haus-Knechte, Schiffer-Knechte, Kutſcher- und Poſt-Knechte, die anvertraueten Güter beſchädigen, oder auch veruntrauen, und alsdenn klagt man wider den Aufnehmer ex quaſi delicto. Denn das Verſehen ſolcher Aufnehmer beſtehet darinn, daß ſie keine behutſamere und getreuere Leute in ihrem Dienſte halten, L. 5. §. *ult.* D. *de oblig. & action.* Dieſes iſt demnach der eintzige Fall, welcher hierher gehöret, und in dieſem Titel abzuhandeln iſt. Wer dannenhero auf ſolche Art an ſeiner Habſeligkeit eine Beſchädigung oder Verkürtzung wahrnimmt, der iſt berechtiget, wegen dieſes quaſi delicti gegen den Aufnehmer die actionem in

factum anzustellen. Weil sie aber pœnalis ist; so schickt sie sich nicht wider die Erben des Aufnehmers (§. 1038.): indem diese Klage dem Beklagten die verunglückte Sache doppelt zu erstatten anhält, §. *ult. Inst. h. t.* Es erhellet hieraus von selbst, was zwischen dieser und der andern Klage, welche ex quasi contractu entspringet, für ein Unterscheid sey. Denn a) ist die Klage ex quasi delicto pœnalis, dagegen, wenn man ex quasi contractu klaget, so ist die actio nur rei persequutoria. b) Jene findet wider die Erben keinesweges, wohl aber diese statt. c) Vermittelst jener bekommt man eine zweifache Ersetzung, aber durch diese erhält man nur das simplum. Beide kommen damit überein, daß die Befugnis sie anzustellen 30. Jahre dauret. L. 7. §. *ult.* D. *naut. caup. stab. ut rec. rest.* Solches haben wir hier als etwas sonderbares anzusehen: weil andere Prätorische Straff-Klagen innerhalb einem Jahre angestellet werden müssen (§ 271.). Dessen ungeachtet aber ist es allezeit besser und rathsamer, wider den Aufnehmer ex quasi contractu zu klagen, als denselben ex quasi delicto zu belangen. Denn erstlich haben die Actiones in duplum in solchem und dergleichen Fall bei uns niemals statt gefunden: und fürs zweite ist der Beweiß sehr schwer zu führen, wodurch man eine Verwahrlosung, deren sich Knechte und Gesinde an den überlieferten Sachen schuldig gemachet haben, erörtern muß, welcher bei der actione ex quasi contractu keinesweges gefordert wird. Denn bei diesen hat man nur so viel zu beweisen, daß z. E. ein Gastwirth oder Land-Kutscher, u. d. m. unsere Sachen in Empfang bekommen habe.

§. 1123. Hiernächst haben wir noch zwei quasi delicta beigefüget, deren der Keiser *Justinianus* in den Institutionibus nicht gedacht hat, nemlich fünftens misericordiam intempestivam, und sechstens conniventiam. *Misericordia* oder Barmhertzigkeit ist an sich eine lobenswürdige Gemüths-Bewegung. Wie aber alles wegen Mißbrauch tadelhaft wird: also verwirfft sich auch die Barmhertzigkeit bei unzeitiger Ausübung, und wird so gar zu einem Verbrechen. Hiervon können sich allerhand Fälle äussern, wenn z. E. jemand eines andern Knecht zu Rom in dem Gefängnis seufzen und weheklagen hörete, und sich dadurch bewegen ließ, denselben aus Mitleiden heraus zu lassen. Desgleichen, wenn ein Richter dem Delinquenten wegen vorgegebenen Schmertzen an Hand und Fuß die Schellen abzulösen befiehlet, und ihn mithin aus Mitleiden das Reisaus zu nehmen veranlasset, L. 7. *princ.* D. *depos.* Ein jeder siehet leicht, daß Barmhertzigkeit und Mitleiden in dergleichen Fällen zur Unzeit ausgeübet werden, da man an deren statt eine ernsthaffte Strenge und Handhabung der Gerechtigkeit beweisen soll. *Conniventia* oder Zulassung wird genennet, wenn man ein Verbrechen, welches man verhindern könte und solte, geschehen läßt, L. 45. *princ.* D. ad L. Aquil. Ein Beispiel hiervon würde

sich

ſich an einem Hofmeiſter eignen, welcher dem Zweikampffe ſeines Untergebenen beiwohnete, oder nur darum wüſte, ohne ſolches zu hindern In Wahrheit, man würde ihn wegen ſolcher Conniventz zur ſchweren Verantwortung anhalten. In dieſen beiden Fällen hat actio in factum ſtatt, gleichwie bei allen andern quaſi delictis: und wir bringen dieſe nur zu dem Ende allhier mit in Erwehnung, damit man nicht dafür halte, es gebe ſonſt keine quaſi delicta, als nur diejenigen, welche der Keiſer *Iuſtinianus* in dieſem Titel angeführet hat.

§. 1124. An dem Ende dieſes Titels haben wir noch unterſchiedenes von dem Teutſchen Rechtsgebrauch hinzugeſetzet. Es iſt auch kein Zweifel, daß man ſich in den Gerichten bei uns in ſolchen und dergleichen Fällen mit den Klagen einfinden dürfe: aber darinne findet ſich zwiſchen dem Römiſchen und Teutſchen Rechts-Gebrauch ein ſehr merklicher Unterſcheid. 1) Daß die actiones populares bei uns gar nicht bekannt ſeynd, und dafür, daß ein jeder von dem Volck in Rom zu klagen Erlaubnis hatte, iſt nur ein jeder für ſich, ſo weit ihn die Sache angehet, wegen der quaſi delictorum ſeine Klage anzubringen berechtiget, wenn es auch die Umſtände des delicti erfordern, ſo iſt der dazu beſtellte advocatus fiſci ſchuldig, dergleichen in den Gerichten anhängig zu machen und zu denunciren. Und überhaupt, wie ein Richter von Amtswegen allemal bei den veris delictis geſchäfftig ſeyn muß, auf geſchehene Denunciation zu inquiriren, und die nöthige Unterſuchung ſorgfältig anzuſtellen, der Denunciant ſey, wer er wolle; alſo iſt auch bei den quaſi delictis, wodurch die öffentliche Ruhe und Sicherheit geſtöret werden kan, zu verfahren gebräuchlich. Allein der Denunciant hat dafür nichts zu hoffen, daß er der Obrigkeit etwas hinterbracht hat; daher hat auch der Denunciat nicht zu befürchten, daß ihm nach wircklich befundenen Umſtänden, ſo, wie ſie angegeben ſind, dem Denuncianten eine gewiſſe Summe zur Straffe auszuzahlen anbefohlen werden dürfte: denn dieſer iſt damit zufrieden, wenn er verſichert wird, daß mit Verſchwelgung ſeines Namens ihm von dem Denuncianten nichts widriges bevorſtehen ſoll. 2) Daß die Klagen aus den quaſi delictis bei uns gar ſelten pœnales ſind, und man dahero gemeiniglich nur auf die Wiederherſtellung der Sache oder deren Gutthuung zu klagen pfleget. 3) Daß wegen der quaſi delictorum die verunglückten Sachen oder deren Beſchädigung auf doppelten Werth zu ſchätzen, bei uns gar nicht gebräuchlich iſt. 4) Daß, im Fall auch dem Beklagten eine Straffe auferleget würde, der Kläger davon nichts bekommt, ſondern der Fiſcus gemeiniglich von ſolchen Straffen die eine Helfte überkommt, die andere Helfte aber davon dem Richter tanquam fructus iurisdictionis anheim fällt.

Tit. VI.
De Actionibus.

§. 1125.

Nunmehro haben wir die Erläuterung der zwei ersteren Theile von den Justinianeischen Institutionen zu Ende gebracht. Denn da diese nach den drei obiectis iuris, welche personae, res et actiones sind (§. 74), in so viel Theile abgetheilet werden: so wird in gegenwärtigem Titul bis auf den XVII. *Tit.* dieses Buchs von den *actionibus* oder rechtlichen Klagen zu handeln seyn. Der darauf folgende letzte Titul stellet weiter nichts als nur einen Anhang von dem gantzen Buche der Institutionum vor, und, weil er de iudiciis publicis handelt, so gehöret er nicht sowol ad ius privatum, als ad ius publicum.

§. 1126. Die Lehre von den rechtlichen Klagen aber haben wir in solche Ordnung gefasset, daß nach vorher gesetzter Erklärung, so wol in diesem, als in den folgenden Titeln einige Abtheilungen und Classen der rechtlichen Klagen erläutert werden. Wir wollen dahero gleich anfangs die Erklärung einer Action an sich etwas genau betrachten. Eine Klage oder actio kan auf zweierlei Weise erwogen werden, entweder als eine res incorporalis, quae est in bonis nostris; und alsdenn gehöret sie zu dem zweiten obiecto iuris, nemlich in den Titul de rebus incorporalibus, welche sich bei unsern Gütern befinden: oder eine Klage wird als ein rechtmässiges Mittel angesehen, mit dessen Ergreifung wir vor Gerichten auf unsere Befugnis und Gerechtsame dringen, und alsdenn gehöret eine Klage zu dem dritten obiecto iuris, wovon wir in diesem Titul zu handeln haben. Wenn nun der Keiser *Iustinianus* eine genaue Lehrart hätte beobachten wollen: so wäre es billig gewesen, daß er eine Klage nach der letztern Bedeutung erkläret und beschrieben hätte. Allein dieses ist nicht geschehen: denn er macht die Erklärung von einer Klage nach der erstern Bedeutung, und sagt demnach, actio sey ein ius persequendi in iudicio, quod sibi debetur. *princ. Inst. h. t.* Dannenhero finden sich in dieser Erklärung zwei Schnitzer: denn 1) ist eine Klage bei Abhandlung des gegenwärtigen Titels kein ius, oder Befugnis zu klagen, als in welchem Verstande wir das Wort actio etwa zu nehmen haben, wenn es heißt actio durat quinque annos, oder actio est perpetua, oder auch temporalis: sondern vielmehr ist eine Klage ein Mittel, wodurch man sein Recht zu erhalten sucht. 2) Suchen wir nicht allein dasjenige, was man uns schuldig ist, sondern auch, was uns eigenthümlich

lich zuſtehet. Solchemnach hat *Juſtinianus*, deſſen Schuldigkeit geweſen iſt, eine Klage überhaupt zu erklären, in der That weiter nichts, als nur eine gewiſſe Art, nemlich eine perſönliche Klage in ſeiner Erklärung vorgeſtellet, damit wir nun dieſe Fehler verbeſſern mögen; ſo müſſen wir die wahre Erklärung dergeſtalt abfaſſen: Actio eſt medium legitimum perſequendi in iudicio iura, quae tum ad rem, tum in re cuique competunt.

§. 1127. Nachdem wir dieſes voraus geſetzet haben: ſo wird uns die Abtheilung des gantzen Titels gar nicht beſchwerlich fallen. Denn I) ſind die actiones entweder reales, oder perſonales. §. 1127-1171. II) Sind die actiones entweder rei perſequutoriæ, oder perſonales, oder auch mixtæ. §. 1172-1180. III) Sind die actiones entweder bonæ fidei, oder ſtricti iuris, oder auch arbitrariæ. §. 1181-1196. IV) Ueberkommt man vermittelſt einiger Klagen das ſolidum, vermittelſt anderer aber minus quam ſolidum. §. 1197.-1203. Die erſtere Abtheilung iſt demnach, I) daß eine jede Klage entweder realis oder perſonalis iſt. Alle Klagen von der erſtern Art werden im Römiſchen Recht vindicationes genannt, aber die von der andern Art heiſſen condictiones. Jene entſpringen aus einem iure in re, und dieſe ex iure ad rem: damit aber läugnen wir nicht, daß es auch vermiſchte Klagen gebe, welche beides auf eine gewiſſe Sache, und auf eine perſönliche Verbindlichkeit zugleich ihr Abſehen haben, wiewol dergleichen actiones bald mit den realibus, bald aber auch mit den perſonalibus näher verwandt ſeyn können. Und dergleichen vermiſchte Klagen giebt es viere, nemlich hereditatis petitionem, actionem finium regundorum, actionem communi dividundo, actionem familiæ erciſcundæ: davon die drei letzteren tria iudicia diviſoria genennet zu werden pflegen. Es entſtehen alſo dieſe vier Klagen theils ex iure in re, theils ex iure ad rem: und daher werden ſie ſowol zur Herſtellung einer Sache, als auch zu Leiſtung perſönlicher Schuldigkeiten angeſtellet. Solchemnach iſt dieſes die erſte Eintheilung aller Klagen, daß ſie entweder reales, oder perſonales ſind. Beiderlei Klagen aber werden wiederum in civiles und prætorias getheilet. Civiles nennet man alle diejenigen, welche ihren Grund in den Legibus, Senatus conſultis und Conſtitutionibus Principum haben: prætoriæ aber ſind aus dem iure honorario erwachſen. Denn die Prætores und Ædiles, welche bei Gelegenheit ihrer jährlichen Ehren-Aemter die Juſtitz nach der Beſchaffenheit ihrer Zeiten auf einen beſſern Fuß zu ſetzen veranlaſſet wurden, brachten auch in ihren ſogenannten edictis, welche hier ius honorarium genennet werden, und nichts anders, als etwa bei uns die Ordnungen bei den unterſchiedenen Gerichts-Collegiis, z. E. die Cammer-Gerichts-Ordnung, Hypotheken-Ordnung, Vormundſchaffts-Ordnung, und dergleichen ſind, vorgeſtellet haben, unterſchiedene neue Klagen auf die

Bahn. Es ist dieser Unterscheid vornemlich um der Verjährung willen zu mercken: weil actiones civiles perpetuæ sind, prætoriæ aber von einer jährlichen Dauer zu seyn pflegen, indem das Amt eines Prætoris nur ein Jahr lang dauerte. Wir wollen nunmehro in Erwegung ziehen, 1) die Beschaffenheit der actionum realium, §. 1128. 1129. 2) Diejenigen Klagen, welche aus einem Eigenthums-Recht entspringen. §. 1130-1132. 3) Die Klagen, welche uns durch ein Erbschaffts-Recht an die Hand gegeben werden. §. 1133. 1134. 4) Die Klagen, welche aus den Dienst-Gerechtigkeiten herrühren. §. 1135-1137. 5) Die Klagen, welche man bei einer Unterpfands-Gerechtigkeit gebrauchet. §. 1138-1140. 6) Die Klagen, welche zwar reales sind, aber in Ansehung ihres Ursprungs aus mancherlei Umständen entstehen können. §. 1141-1144.

§. 1128. 1129. Die Eigenschafft und Beschaffenheit der actionum realium bestehet kürtzlich darin, 1) daß alle dergleichen Klagen aus einem iure in re, d. i. aus einer rechtmässigung Forderung an einer Sache entspringen, da wir nemlich an einer Sache selbst ohne Ansehung der Person, die solche in Besitz hat, ein Recht haben: und dieses findet sich insonderheit bei dem Eigenthums-Recht, bei dem Erbschaffts-Recht, bei den Dienst-Gerechtigkeiten, und bei dem Pfandschaffts-Recht (§. 334. III). 2) Daß man alle dergleichen Klagen wider einen jeden Besitzer der uns zustehenden Sache, an welcher wir den Anspruch machen, anstellen könne, er mag uns bekannt, oder unbekannt seyn, L. 25. princ. D. de Oblig. et action. Gantz anders verhält es sich mit den persönlichen Klagen, welche uns allemal nur gegen diejenigen, mit welchen wir einen Contrakt geschlossen haben, und keinesweges wider einen andern zustehen, wovon man aber diejenigen Klagen auszunehmen hat, welche actiones in rem scriptæ heissen, und an ihrem Ort vorkommen werden. 3) Daß ein Besitzer niemals einen Anspruch an einer Sache zu machen habe, welche er schon besitzet; weil es abgeschmackt und ungereimt heraus kommen möchte, wenn man erstlich dasjenige, was man schon in Händen hat, vermittelst einer Klage zu überkommen und in Empfang zu nehmen suchen wolte. Nichts destoweniger sagt unser Keiser *Iustinianus* §. 2. *Inst. h. t. vnico tantum casu eum, qui possidet, agere posse in rem*: mit dem Beifügen, daß er in den weitläuffigen Büchern der Pandekten von solchem eintzigen Falle gehandelt habe. Weil nun einige gelehrte Männer, ihrer vortrefflichen Rechtsgelahrtheit ungeachtet, den besagten Fall darinnen zu finden, alle Mühe, wiewol vergeblich, angewendet haben; so hat man die Frage aufgeworffen: welches denn wol solcher casus unicus seyn müsse, da ein Besitzer an derjenigen Sache einen Anspruch machen könne, welche er schon in Händen hat. Dannenhero haben sich einige gefunden, es müsse

derjenige

derjenige Fall dadurch zu verſtehen ſeyn, in welchem man entweder das interdictum Vti poſſidetis, oder das interdictum Vtrubi zur Hand nehmen könne: als vermittelſt welcher interdictorum allemal der Beſitzer zu klagen pfleget. Allein wer dieſes vorgeben will, derſelbe hat zu beweiſen, daß man durch dieſe interdicta eine Sache in Anſpruch nehme. Denn überhaupt zu ſagen, ſo ſtehet von den interdictis L. 1. D. *de interdict.* mit ausdrücklichen Worten, daß ſie allemal auf eine Perſon gerichtet werden: mithin iſt vielmehr hieraus der Schluß zu machen, daß man mit Ergreiffung gedachter interdictorum keine Sache in Anſpruch nehmen könne, welches doch gemeldeter caſus unicus durchaus zu fordern ſcheinet. Bei dem allen würde man mit der obgedachten Frage haben bald fertig werden können, wenn man die wegen ihrer Nutzbarkeit preißwürdige *Paraphraſin* des mit *Iuſtiniano* zu gleicher Zeit lebenden Conſtantinopolitaniſchen Rechtsgelehrten THEOPHILI in vorigen Zeiten fleiſſiger zur Hand genommen hätte, als welcher §. 2. h. t. folgendermaſſen ſchreibet: Ἐν ἑνὶ δὲ μόνῳ θέματι, ὁ νεμέμενος δύναται κινεῖν τὴν *in rem*, ὅς τις καὶ νεμέται, καὶ τάξιν ἄκτορος ἐπέχει, ὥσπερ ἐν τοῖς πλατυτέροις τῶν δηγέσων βιβλίοις προσφόρως φανήσεται. - - - ὡς τε ἓν ἐπὶ τῶν ἀσωμάτων, ἔχ ὁ αὐτὸς κινεῖ καὶ κομφεσορίως καὶ νεγατορίως. ἀλλὰ κομφεσορίως μὲν ὁ λέγων προσεῖναι αὐτῷ τὸν ἀσώματον, οἷον τὴν *uſumfructum*, ἢ τὴν δυλείαν, κατὰ τῆς ἄλλε δεσποτείας, νεγατορίως δὲ τὴν *in rem* κινεῖ ὁ δεσπότης τῦ ἀγρῦ, ἢ τῆς οἰκίας, διαβεβαιέμενος τὸν ἀντίδικον μὴ ἔχειν τὸ *uti frui*, ἢ τὸ δίκαον τῆς δυλείας κατὰ τῆς αὐτῆ οἰκίας, ἢ κατὰ τῦ σῦ ἀγρῦ.

D. l.

In uno tamen caſu is, qui poſſidet, in rem agere poteſt, qui ſimul et poſſideat et vices actoris ſuſtineat, ſicut in latioribus Digeſtorum libris opportunius apparebit. - - - Sic igitur in incorporalibus non idem et confeſſorie agit et negatorie: ſed confeſſorie quidem is, qui ſe ius illud, de quo quæritur, habere dicit, velut uſumfructum aut ſeruitutem, in alterius proprietate. NEGATORIE *vero agit ipſe dominus fundi aut ædium, adfirmans, uſumfructum aut ſeruitutem in fundo ſuo aut ædibus non habere.* Hieraus erhellet nun, daß der einzige caſus kein anderer, als actio negatoria, ſey: a) weil alsdenn derjenige klaget, welcher ſich in der quaſi poſſeſſione libertatis fundi vel ædium befindet; b) weil *Iuſtinianus* im angeführten §pho von dieſer Klage ſelbſt ausdrücklich redet. c) THEOPHILI angeführtes Zeugniß damit übereinſtimmet, als auf welchen wir uns ſicher verlaſſen können, je weniger wir daran zu zweifſeln haben, daß er mit *Iuſtiniano* in eine und dieſelbe Zeit zu ſetzen ſey, §. 3. *Proœm. Inſt.* S. *Præfat. noſtram ad* VINNIVM. 4) Beſtehet noch die Beſchaffenheit der actionum realium darin, daß ein Eigenthums-Herr ſeine Sache,

Sache, an welcher er seine Anforderung machet, nicht wegen einer persönlichen Schuldigkeit durch eine angestellte persönliche Klage abfordert, sondern wegen eines an der Sache vermöge des Eigenthums haftenden Rechts und Anspruches vindiciret. §. 14. *Inst. h. t.* Das einzige Beispiel, welches hiermit nicht übereinstimmet, findet sich bei der condictione furtiua, welches wir bereits oben (§. 1062.) angemercket haben. Die Einwendung, welche man uns hierbei in Ansehung der actionum commodati, depositi, wie auch locati machen möchte, indem man doch auch solchergestalt rem commodatam, depositam, et locatam wieder verlangete, fällt auf solche Weise, da man solche Klagen auf einen Contrakt und die damit verknüpfte Schuldigkeit gründet, von sich selbst über einen Hauffen, und ist also von keiner Erheblichkeit.

§. 1130. 1132. Dieses haben wir also von der Beschaffenheit der actionum realium vorhero überhaupt melden wollen: dannenhero schreiten wir nunmehro zu der ersten Classe derselben, allwo wir diejenigen Real-Klagen zu betrachten haben, welche aus dem Eigenthums-Recht entspringen. Es sind aber derselben an der Zahl drei, davon die erste actio ciuilis ist und *rei vindicatio* heisset, die andern beide aber prætoriæ, nemlich *publiciana* und *rescissoria* genennet werden. Die rei vindicationem nun zu erklären, so ist sie actio in rem ciuilis, qua agit dominus aduersus quemcunque possessorem, ad rem cum omni causla, fructibus et accessionibus secundum qualitatem possessionis restituendam. Denn, wenn der Beklagte die Sache mit guten Gewissen besitzet; so giebt er mir solche nur mit denen fructibus oder Nutzungen heraus, welche bei ihm noch vorhanden sind: besitzt er sie dagegen mit bösen Gewissen, so ist er schuldig, mir dieselbe mit allen fructibus auszuliefern, sowol welche noch vorhanden sind, als auch welche er gehoben hat, und auch die er hätte heben können. Diese Eigenthums-Klage bekommt hiernächst unterschiedene Beinamen. Denn wenn man sich mit derselben auf ein volles Eigenthums-Recht gründet, so heißt sie rei vindicatio *directa:* gründet man sich aber auf ein unvollkommenes Eigenthums-Recht, z. E. auf ein Erben-Zins-Gut, Lehn-Gut, oder auf ein Grundzins-Gut, so bekommt sie den Beinamen *utilis.* Die alten Zeiten der Römer betreffend, so konte rei vindicatio nicht eher angestellet werden, bis man ausgemachet hatte, wem von den klagenden Parteien die vindiciæ gehören solten, und zukämen, d. i. wer die Sache besitzen, und wer deswegen klagen solte. Wer sie nun in Besitz bis zum Austrag der Sache behielt, der muste Caution bestellen, womit der andere gesichert wurde, daß im Fall die klagbare Sache verschlimmert werden dürfte, der Gegen-Partei alles gut gethan werden solte. Die Caution selbst war fideiussorisch und bestund

beſtund in ſolchen prædibus oder Bürgen, welche ſatisdatores locupletes pro re, weswegen die Klage vor Gerichte anzubringen war, genannt wurden. ASCONIVS PAEDIANVS *in* CIC. *Verrin. lib.* III. p. 1849. Als an welchem Ort noch unterſchiedenes beigebracht wird, auf was Weiſe man von dem Richter die vindicias gefordert und erhalten habe. Denn wenn die Beſitzung des jetzigen Inhabers auf ſchwachen Füſſen ſtund: ſo bat der, welcher die rei vindicationem anſtellen wolte, den Prætorem, um das interdictum de poſſeſſione vel adipiſcenda, vel retinenda, vel recuperanda, welches letztere denen ertheilt wurde, die man mit Gewalt aus einem Grund Stück gejaget hatte. Und obgleich ſolches interdictum von einer wahrhafften Gewaltthätigkeit zu verſtehen war; ſo erfanden doch die Römer nur eine angeſtellte Gewaltthätigkeit zum Schein: welche darin beſtund, daß einer dem andern vor Gerichte zum Schein Gewaltthätigkeit anthat, und zwar ſowol durch ein angeſtelltes Handgemenge, als auch durch eine mündliche Erklärung gedachter Gewaltthätigkeit. Es mochte nun entweder ein Knecht, oder eine andere bewegliche Sache, oder auch ein Grund-Stück vindiciret werden: ſo verfuhr man z. E. wenn man den Knecht in Beſitz haben wolte, folgendermaaſſen. Wer deſſen Beſitz bei dem Prætore ſuchte, der packte den Knecht gleichſam mit gewaltthätiger Hand vor den Gerichten hart an, und bat um den Beſitz deſſelben bei dem Prætore mit dieſen Worten: *Hunc hominem ex iure Quiritium meum eſſe aio, eiusque vindicias mihi dari poſtulo.* Schwieg nun der andere hierzu ſtill, ſo gab der Prætor dem vindicanti den Knecht in den Beſitz bis zu Austrag der Sache. Wolte aber jener den Knecht ſich gleichfalls zueignen und vindiciren: ſo packte er den Knecht gleichermaaſſen mit der Hand und dieſen Worten an: *Et ego hunc hominem meum eſſe aio, eiusque vindicias mihi conſervari poſtulo.* Darauf redete der Prætor folgendes: *Qui nec vi, nec clam, nec precario poſſidet, ei vindicias dabo.* SIGONIVS *de Iudic. lib.* I. *cap.* 21. Ein wenig ging es anders her, wenn man ein Grund-Stück vindiciren wolte: indem der, welcher die Bitte bei dem Prætore anbrachte, den andern, von welchem er etwas vindiciren wolte, *ex iure*, das iſt e loco iudicii, *manu*, rectius: *manum conſertum*, d. i. ad conſerendam manum, *in rem, de qua ageretur, vocabat.* Noch deutlicher zu ſeyn, da ſich der Prætor nicht mehr in Perſon mit den ſtreitenden Parteien zugleich zu dem ſtrittig gewordenen Grund-Stück zu verfügen pflegte: ſo forderte derjenige, welcher den Anſpruch daran machte, ſeinen Gegner von dem Gerichts-Platz hinaus zu dem Grund-Stück, weswegen man klagen wolte, um das gebräuchliche Handgemenge vorzunehmen, und z. E. wenn es ein Acker war, eine Erd-Scholle von demſelben aufzunehmen, und ſolche in die Stadt vor den Prætorem auf den Gerichts-Platz zu bringen, auf daß man an gedachter Erd-Scholle, als an dem gantzen

Acker die gerichtliche Anmaſſung vollziehen möchte. Solches erhellet aus GELLII *Noct. Attic. libr.* XX. *cap.* 10. allwo die eigentlichen Worte alſo lauten: *Nam de qua re diſceptabatur in iure præſenti, ſive ager, ſive quid aliud eſt, cum adverſario ſimul manu prendere, in ea re omnibus verbis vindicare. Id eſt, vindicia correptio manus in re atque in loco præſenti, apud Prætorem ex XII. Tabulis fiebat, in quibus ita ſcriptum eſt:* SI. QVI. IN. IVRE. MANVM. CONSERVNT. *Sed poſtquam Prætor, propagatis Italiæ finibus, datis invisdictionibus, negotiis occupati, paciſci vindiciarum dicendarum cauſſa longinquas res grævabantur: inſtitutum eſt contra duodecim Tabulas tacito ſenſu, ut litigantes non ex iure apud prætorem manum conſererent, ſed ex* iure manum conſertum *vocarent, id eſt, alter alterum ex iure ad conſerendam manum in rem, de qua ageretur, vocaret. Atque profecti ſimul in agrum, de quo litigabatur, terræ aliquid ex eo, uti unam glebam, in ius in urbem ad Prætorem deferrent, et in ea gleba tamquam in toto agro, vindicarent.* S. Hrn. Prof. CAR. OTT. RECHENBERGS diſſert. *Vindicias manibus conſertis ſumendas ex Lege XII. Tabularum*, exhibentem. Lipſiæ 1737. 4. Wie nun gedachte Erdſcholle den gantzen Acker vorgeſtellet hat; alſo finden wir auch, daß eine feſtuca oder Splitter ein gantzes Gebäude andeuten muſte: daß dergleichen kleine Theile ſelbſt mit der Benennung vindiciæ beleget worden ſind. FESTVS voce *Vindiciæ p. m.* 476. ſchreibt hiervon alſo: *De quo Verbius Cincius ſic ait; vindiciæ olim dicebantur illæ, quæ ex fundo ſumtæ in ius adlatæ erant.* In den folgenden Zeiten aber ſparte man auch von Seiten der ſtrittigen Partei den Weg zu den ſtrittigen Acker: ſondern die Rechtsgelehrten erſonnen, nach CICERONIS Art zu reden, *novam formulam vindiciarum*, die ſie den Prætoribus ſowol, als den Parteien tamquam carmen quoddam vorſchrieben, *Orat. pro* L. *Murena cap.* XII. Es geſchahe aber ſolches in folgender Ordnung. Es redete der vindicaturus ſeinen Gegner mit dieſen Worten an: *Fundus, qui eſt in agro, qui Sabinus vocatur, eum ego ex iure Quiritium meum eſſe aio. Inde ego te ex iure manu conſertum voco.* Ging nun der Gegner ſtillſchweigend davon: ſo erkannte der Prætor den Beſitz gedachten Ackers dem vindicanti zu. Dagegen, wenn deſſen Gegner nicht abgehen wolte; ſo gab er als contravindicans jenem zur Antwort: *Unde tu me ex iure manu conſertum vocaſti, inde ibi ego te revoco.* Hierauf ſagte der Prætor zu allen beiden: *Superſtitibus, inquit, præſentibus iſtam viam dico, ite viam.* Welche Worte anzeigeten, daß Kläger und Beklagter, in Gegenwart der Zeugen einen gewiſſen Weg gehen ſolten, als ob ſie auf den Acker gingen, ſich daſelbſt in das gebräuchliche Handgemenge einzulaſſen, und zum Zeugniß deſſen die Erdſchollen daher zurück zu bringen. Man ging alſo eine Straſſe, wohin ſie von einem klugen Rechtsgelehrten geführet wurden, und wenn

ſie

ſie ſolchergeſtalt wiederum zurückkommen ſolten, rufte der Prætor: *Redite viam.* Endlich, wenn nun der Prætor beide Theile vernommen und ſahe, daß einer den andern mit Gewalt aus dem Beſitz geſtoſſen hatte, ſo ſagte er dem Beleidigten die vindicias oder das Ahndungs-Recht zu, und ſprach zu deſſen Gegner folgende Worte: *unde tu illum deiecisti, quum nec vi, nec clam, nec precario possideret, eo illum restituas iubeo.* S. SIGONIVM *de Iudic. lib.* I. *cap.* 21. p. 459. ſeq. wie auch IAC. RAEVARDVM *ad* XII. *Tabb. lib.* VI. p. 236. ſequ. CONR. RITTERSHVSIVM *Dodecadeltos, Claſſ.* III. *P.* III. *cap.* VIII. p. m. 189. ſequ. HOTMANVM *Antiquit. Rom. Tom.* III. *Opp. p.* 481. ſequ. Da nun ſolchergeſtalt die ſtrittige Sache einen Beſitzer überkommen hatte: ſo wurde hierauf erſt wegen des eigenthümlichen Rechts gegen den Beſitzer die Klage von dem angeſtellet, welcher den Beſitz nicht überkommen hatte. Es ging aber ſolches folgendergeſtalt zu, erſtlich fragte der Kläger den Beſitzer: *Quando te in iure conspicio, postulo, anne fies auctor?* Läugnete nun der Beklagte, ſo fing der Prætor an, und ſprach zu dem Kläger: *Quando negat, sacramento quærito.* Hierauf ſagte der Kläger zum Beklagten: *Quando negas, te sacramento quingenario provoco. Spondesne te daturum quingentos, si auctor sis?* Hierauf erwiederte jener: *Spondeo quingentos, si auctor siem.* Sogleich aber redete er weiter zum Kläger: *Tu vero spondesne idem, ni sim?* Wozu denn der andere ſagte: *Et ego quoque spondeo.* Im Gegentheil, wenn der Beklagte dem Kläger zur Antwort gab, er ſey noch Auctor oder der wirckliche Beſitzer von der ſtrittigen Sache; ſo ſchritte der Kläger ſogleich zur Klage ſelbſt mit dieſen Worten: *Quando ais, neque negas, te auctorem esse, hunc fundum ex iure Quiritium meum esse aio.* Alsdenn fragte der Prætor den Beklagten, ob er hierwider etwas rechtmäſſiges einzuwenden habe? War nun die Antwort: Nein! ſo ſprach der Prætor dem Kläger den Acker zu. Ließ es aber der Beklagte hierbei nicht beruhen; ſo gebrauchte er folgende Redens-Art: *Et ego eundem fundum meum esse aio ex iure Quiritium. Sed nonne tu dicis, qua causſa vindicaveris?* Hierauf erwieß der Kläger den Grund ſeines eigenthümlichen Rechts an dem Acker. Bevor er aber ſolches that, pflegte er den Beſitzer zur Caution anzuhalten, daß er an der klagbaren Sache nichts verderben oder ſchlimmer machen wolle. Wenn nun dieſer ſolche Caution nicht ſtellte, ſo wurde der Kläger, wenn er ſelbſt wirckliche Caution that, in den Beſitz geſtellt: widrigenfalls, da er auch keine Caution leiſten wolte, blieb der Beklagte in dem Beſitz bis zum Austrag der Sache. IACOBVS MENARDVS *ad* CIC. *Orat. in Verrem, cap.* XLV. BARN. BRISSONIVS *de formulis populi Romani lib.* V. p. 369 476. Wir haben uns dieſes alles, was vor und bei der rei vindicatione zu Rom vorzugehen pflegte, nicht anders, als einen Abriß von dem Römiſchen Proceß

vorzuſtellen. Denn wie es in dieſem Fall zugieng, ſo gieng es auch mit andern Klagen mehrentheils her, inſonderheit aber mit den actionibus realibus. Es hält ſich zwar CICERO in *Orat. pro* L. MVRAENA *l. c.* über die eingeriſſene Weitläufftigkeit und gezwungene Art der Klagen gar ſehr auf, und beſchuldiget ſie, daß dieſelben von ſpitzfindigen Rechtsgelehrten gantz verderbet und unnütze worden wären. Unter andern läßt er ſich mit dieſen Worten heraus: *Quum permulta legibus eſſent conſtituta, ea Iureconſultorum ingeniis pleraque corrupta ac depravata ſunt. - - - Hi in omni denique iure civili æquitatem reliquerunt, verba ipſa tenuerunt.* So verdorben war demnach das rechtliche Verfahren bei den Römern, daß allem Augenſchein nach CICERO ſelbſt die elenden Umſtände des Juſtitz-Weſens beklagen, aber keinesweges ändern konte. Es gehet bei uns Teutſchen an manchen Orten nicht viel beſſer her: ob wir uns gleich weiſer und klüger als die Römer zu ſeyn düncken laſſen. Denn ein CICERO vermag bei einem freien Volck freilich nicht ſo viel mit Gewalt auszurichten, als etwa ein Printz mit einer heilſamen neuen Proceß-Ordnung bewircken könte, wenn man anders Recht und Gerechtigkeit handhaben wolte. Doch wiederum auf unſere rei vindicationem zu kommen, ſo haben wir die beſondere Eigenſchafft derſelben, was den Beweiß des eigenthümlichen Rechts betrifft, zu mercken, daß nemlich die Klage ſehr natürlich ſey, oft aber uns zuweilen ſehr ſchwer falle, daß wir unſer Eigenthums-Recht, welches wir an einer Sache zu haben vorgeben, durch Beweiß darthun ſollen. Denn, im Fall man nicht eine Sache durch die Verjährung erhalten hat, ſo muß man nicht allein beweiſen, daß man dieſelbe mit gutem Gewiſſen und auf eine rechtmäßige Art überkommen habe, ſondern auch, daß gleichfalls unſer Wehrmann wahrer Eigenthums-Herr davon geweſen ſey: weil er widrigenfalls das nicht gehabte Eigenthums-Recht auf uns nicht hätte bringen können. Bei ſo geſtalten Sachen hat der Römiſche Prætor eine viel leichtere Klage eingeführet, welche ein gewiſſer Prætor, mit Nahmen *Q. Publicius*, erfunden hat, zu deſſen Ehre ſie auch actio publiciana genennet wird, §. 5. *Inſt. h. t.* Nun hat zwar zu CICERONIS Zeiten, nach dem Bericht STEPH. VIN. PIGHII *Annalium* T. III. p. 291. ein *Publicius* das Amt eines Prætoris verwaltet: aber da dieſe Klage über die Zeit CICERONIS dem Augenſcheine nach hinaus zu ſetzen iſt, weil TERENTIVS *Phorm. Act.* II. *Scen.* IV. *v.* 9. ſeqq. der actionis reſciſſoriæ gedencket: ſo iſt vielmehr wahrſcheinlich, daß dieſe Klage von einem gantz andern *Publicio* herſtammen müſſe. Am allerwenigſten aber verdienet SIGONIVS *de Iudiciis lib.* I. *cap.* 17. *p. m.* 441. unſern Beifall, wenn er ſchreibt, es wäre dieſe Klage erſt unter den Keiſern entſtanden. Dem ſey nun, wie ihm wolle, ſo hat dieſe Klage ein dominium fictum zum Fundament. Denn wer bona fide und iuſto titulo eine Sache a non domino überkommen hat, denſelben

giebt

giebt der Prætor für einen wahren Eigenthums-Herrn aus, ohngeachtet er es nicht iſt. Alſo ſtehet z. E im §. 4. *Inſt. h. t.* daß ein ſolcher die ſtrittige Sache durch Verjährung erlanget hätte, da ſich doch ſolches nicht ſo verhält. Allein wenn man fraget, mit was für einem Recht der Prætor ſolches fingiren könne; ſo dienet zur Antwort: es würde ſolche fictiom höchſt unbillig ſeyn, wenn man ſich derſelben bedienete, da dieſe Klage wider den wahren Eigenthums-Herrn angeſtellet wird. Aber da man vermittelſt derſelben gegen einen ſolchen klaget, welcher ſich entweder in gar keinem rechtsgegründeten, oder auf einer ſchwächern Befugnis beruhenden Beſitz der ſtrittigen Sache befindet, als etwa unſere Befugnis iſt: ſo iſt ſolche des Prætoris fictiom nicht gantz und gar zu mißbilligen. Dieſe Klage ſtehet dannenhero demjenigen zu, welcher eine Sache bona fide und iuſto titulo a non domino überliefert bekommen, und dieſelbe wiederum verloren hat. Sie wird wider denjenigen angeſtellet, welcher die Sache infirmiore iure in Beſitz hat, oder dieſelbe boßhaffter Weiſe von Händen kommen laſſen, daß er ſolche wiederum herbei ſchaffe, mit allem Zubehör und fructibus, nach der Beſchaffenheit ſeines Beſitzes. Wer ſiehet nun nicht, daß man mit dieſer Klage viel leichter, als mit der rei vindicatione, fortkommen könne? Denn hier darf man ſeines Wehrmanns Eigenthums-Recht nicht erweiſen, ſondern man darf nur darthun, daß man die Sache mit gutem Gewiſſen und auf eine rechtmäßige Art überliefert bekommen habe. Die ſo genannte Reſciſſorien-Klage ſtammet ebenfalls von gedachten *Publicio* her: denn ſie wird in L. 35. D. *de Oblig. & Action.* wie auch in L. 57. *Mandati* ausdrücklich Publiciana genannt, und hat mit der vorigen faſt eben denſelben Grund. Denn wie man bei jener per modum fictionis vorgiebt, man habe als Kläger die ſtrittige Sache durch die Verjährung erlanget, da man ſie doch auf ſolche Weiſe nicht überkommen hatte: alſo fingiret man bei dieſer Klage, es habe der Beklagte die klagbare Sache nicht uſucapirt, ungeachtet er ſie wircklich uſucapiret hatte, §. 5 *Inſt. h. t.* Es hat aber dieſe Reſciſſorien-Klage nur in ſolchen Fällen ſtatt, wenn man um des gemeinen Beſten willen hat abweſend ſeyn müſſen, L. 28. §. 1. D. *de quib. cauſſ. maior.* XXV. *ann.* oder, wenn man aus einer in den Rechten für giltig erklärten Furchtſamkeit einen Schaden an ſeiner Habe über ſich hat ergehen laſſen: indem ein anderer in unſerer Abweſenheit das unſerige uſucapiret hat. Oder man kan dieſe Klage auch überhaupt gebrauchen, wenn man dadurch lædiret worden iſt, daß jemand in ſeiner Abweſenheit unſere Sache ex quacunque cauſſa uſucapiret hat. In ſolchen beiden Fällen reſtituiret der Prætor den verkürtzten Kläger in integrum: und deswegen iſt ihm dieſe Klage als ein Mittel, ſolches zu erlangen, gegeben worden. Hieraus ſehen wir demnach, daß die Reſciſſorien-Klage demjenigen zu gute komme, welcher entweder um des gemeinen Beſten willen hat abweſend ſeyn müſſen, oder ob

iuſtum metum an ſeiner Habe Schaden gelitten hat. Er ſtellet ſolche wider denjenigen an, welcher während unſerer Abweſenheit unſere Sache perſönlich uſucapiret hat. Oder ſie kommt auch einem præſenti contra abſentem zu, auf daß die Uſucapion reſcindiret, und unſere Sache mit allem Zubehör wieder hergeſtellet werde. Da hiernächſt dieſe Klage eine reſtitutio in integrum iſt, wovon *Tit. Digeſtor. Ex quibus cauſſis maiores XXV. ann. &c.* gehandelt wird; ſo daurete die Befugnis, ſich ſolcher zu bedienen, nur ſo lange, als ein annus utilis ausmachte: allein *Iuſtinianus* hat ſolche Zeit, L. *ult.* §. 1. *Cod. de temp. in integr. reſtit.* in ein quadriennum continuum verwandelt, und mithin die reſtitutionem maiorum mit der reſtitutione minorum auf einen und denſelben Fuß geſetzet. Zuletzt fragt man gemeiniglich, ob die actio reſciſſoria auch bei uns ſtatt finde, da man ein viel leichteres Rechts-Mittel in L. 2. *Cod. de annal. except.* antreffe? Bei dieſer Gelegenheit iſt überhaupt zu mercken, daß man bei einem und demſelben Fall gar oft unterſchiedene Klagen und Rechts-Mittel zur Hand nehmen könne, und mithin allemal dasjenige zu ergreiffen ſey, wodurch man am beſten das Seine zu erlangen gedencket. Dannenhero iſt kein Zweiffel, daß man auch die bisherige Klage mit gutem Nutzen brauchen könne: ob ſich ſchon ein leichteres und bequemeres Mittel L. *cit.* findet.

§. 1133. 1134. Es folget nunmehro die zweite Claſſe der actionum realium, welche aus einem Erbſchaffts-Recht erwachſen; und deren haben wir nur zwei, nemlich die eine heißt hereditatis petitio, die andere aber querela inofficioſi teſtamenti. Die hereditatis petitio iſt, wie wir oben (§. 1127.) erinnert haben von einer vermengten Beſchaffenheit. Denn ſie entſpringet erſtlich aus einem iure in re, und zwar aus einem Erbſchaffts-Recht, hernach aus einem quaſi contractu, nemlich aus der Verwaltung der gemeinſchafftlichen Erbſchafft: und eben deswegen klaget man vermittelſt dieſer action auf die Erbſchafft und perſönlichen præſtationes. Es kommt aber dieſe Klage demjenigen zu, welcher entweder wegen eines Teſtaments, oder ohne daſſelbe ein Erbſchaffts-Recht hat, und zwar wider den, der ſich ein Erbe zu ſeyn düncket, oder auch unrechtmäßiger Weiſe beſitzet, auf daß ein ſolcher die Erbſchafft mit allen Früchten und Zubehör heraus gebe, Rechnung ablege, und allen Schaden erſetze. Sonſt hat man bei dieſer Klage noch folgendes zu mercken, a) daß ſie univerſalis ſey, als vermittelſt welcher man univerſitatem, d. i. die gantze Erbſchafft einklaget; b) daß man ſie wider denjenigen nicht anſtellen könne, welcher die Erbſchafft titulo ſingulari im Beſitz hat, wenn z. E. res hereditaria vermittelſt eines Kaufs oder Schenckung an ihn gekommen iſt; c) daß dieſe Klage, ungeachtet ſie realis iſt, innerhalb dreißig Jahren noch vor die Hand genommen werden könne: weil ſie vermiſchter Beſchaffenheit iſt, und hierin der Eigenſchafft der perſönlichen Klagen gleich kommet. Uebrigens pfleget

man

man dieſe Klage folgender maaſſen einzurichten: Kläger fordert dannenhero Einlaſſung und richtige Antwort. Und bittet darauf in Rechten zu erkennen und auszuſprechen, daß Beklagter ein beglaubtes Inventarium oder eidliche Specification zu *ediren*, und nach demſelben die Erbſchafft mit allem Zubehör, *Acceſſionibus*, erhobenen Früchten, und verurſachten Unkoſten, Klägern abzutreten und zu erſtatten ſchuldig ſey. Was nun hiernächſt querelam inofficioſi teſtamenti anbetrifft, ſo iſt ausgemacht, daß ſolche Klage über ein liebloſes Teſtament wircklich eine Art und Weiſe eine Erbſchafft einzuklagen ſey: allein wir haben von derſelben bereits oben (*Lib.* II. *Tit.* XVIII.) ein langes und breites gehandelt, deswegen hier nicht nöthig iſt, davon viel Redens zu machen. Nur müſſen wir unſere Zuhörer warnen, daß ſie ſich des Herrn HOMMELII *diſſertat. An querela inofficioſi ſit ſpecies hereditatis petitionis*, als in welcher ſolche Frage mit nein beantwortet wird, nicht irre machen laſſen. Denn ob man gleich vermittelſt ſolcher Klage eine Erbſchafft nicht ex teſtamento ſuchet; ſo iſt doch bekannt, daß man ein liebloſes Teſtament quoad heredis inſtitutionem für ungiltig zu erklären oder zu reſcindiren bittet: wodurch es denn freilich geſchiehet, daß nach Vernichtung des Teſtaments man ohne daſſelbe Erbe ſeyn muß, und mithin die Erbſchafft ab inteſtato verlanget wird.

§. 1135-1137. Die dritte Claſſe enthält diejenigen actiones reales, welche man wegen der Dienſt-Gerechtigkeiten oder *de Servitutibus* anzuſtellen hat, als welche Römiſche Benennung ſo wol die Dienſtbarkeit ſelbſt, als auch die Dienſt-Gerechtigkeit andeutet. Da nun allhier nach L. 2. *princ.* D. *ſi ſervitus vindicetur*, zwei Klagen, nemlich confeſſoria und negatoria abgehandelt werden: ſo gründet ſich jene offenbar auf eine Dienſt-Gerechtigkeit, dieſe hingegen auf die natürliche Freiheit. Man kan demnach von der letztern füglicher ſagen, daß man ſie bei vorfallender Dienſtbarkeit anzuſtellen veranlaſſet werde, als daß ſie aus einer Dienſt-Gerechtigkeit entſpringe. Darum ſagt VLPIANVS *de* und nicht *ex* ſervitutibus hæ actiones nobis competunt. Die actio confeſſoria hingegen iſt eine Art von der rei vindicatione, und daher haben wir in den Pandekten den bekannten Titul, *ſi ſervitus vindicetur, vel ad alium pertinere negetur.* Dieſe Klage gründet ſich dannenhero auf ein Recht oder Befugniß, welches uns auf eines andern Grund und Boden zuſtehet. Im Fall nun uns jemand, der ſolche unſere Befugniß dulden muß, dieſelbe ableugnen und zernichten will, ſo ſtellen wir die Confeſſorien-Klage wider ihn an, da er uns wircklich in unſerer Gerechtigkeit beunruhiget. Und zwar iſt der Endzweck dieſer unſerer Klage vornemlich, α) daß er angemahnet werde, von der Beunruhigung unſerer gerechten Befugniß künftig abzuſtehen; β) daß er uns allen Schaden, welcher durch ſolche unbefugte Beunruhigung uns

zuge-

zugestossen ist, zu ersetzen schuldig sey; γ) daß er Caution de non amplius turbando zu leisten habe: vor allen Dingen aber δ) daß ihm der Richter eröfne, welchergestalt uns die gesuchte Dienst-Gerechtigkeit von Rechts wegen zukomme. Was nun insonderheit die Ersetzung des zugestossenen Schadens betrift, so ist zu mercken, daß, im Fall solcher Schaden, worauf sich ein Kläger beruft, ungewiß wäre, alsdenn das iuramentum in litem statt haben kan. Die Caution aber braucht nicht eben fideiussorisch oder auch pignoratitia zu seyn: sondern man kan sich an einem blossen Versprechen begnügen lassen, zumal da der Beklagte in Ansehung des prædii servientis als possessor rei immobilis betrachtet werden muß, und mithin zu keiner weitern Caution angehalten werden kan. Die actio negatoria dagegen gründet sich auf die natürliche Freiheit: und darum bedienet sich solcher derjenige, welcher anführet, sein Grund-Stück befinde sich in der natürlichen Freiheit, und sey mithin keiner Dienst-Gerechtigkeit unterworffen. Man stellet sie wider denjenigen an, welcher sich an unserm Grund Stück einige Befugnisse und Gerechtsame zur Ungebühr anmasset, und zwar zu dem Ende, 1) daß unser Grund-Stück für frei erkläret werde, 2) daß Beklagter uns zu beunruhigen aufhöre, und 3) in Ansehung dessen zur Caution angehalten werde, endlich 4) uns allen verursachten Schaden zu ersetzen schuldig sey. Es ist im übrigen leicht zu erachten, daß man diese beiden Klagen bei uns vortreflich nutzen könne, zumal, da sie in unsern Gerichten fast täglich vorkommen. Wir mercken aber noch von der actione negatoria einige besondere Umstände, a) daß derjenige, welcher sie vor die Hand nimmt, eine actionem realem gebrauche, da er doch ein wircklicher Besitzer ist, wovon wir oben (§. 1129.) bereits geredet haben; b) daß der Kläger bei dieser Klage den Grund derselben, wie andere Kläger zu thun schuldig sind, nicht beweisen darf sondern der Beklagte seine vorgegebene Befugniß darthun müsse, weil die natürliche Freiheit vermuthet wird, und solche Vermuthung den Beweiß allemal auf den Gegner weltzet, L. 3. L. 9. L. 12. D. L. 10. *Cod. de probationibus.* Jedoch ist hiervon derjenige Fall auszunehmen, wenn sich der Beklagte in der quasi possessione seiner angeführten Dienst-Gerechtigkeit befindet, da er sich auf die Ausübung derselben in der That berufen kan, und solches mit hinlänglichem Beweis erhärtet; mithin muß der Kläger die Freiheit seines Grund-Stücks erweisen: wiewol der Rechts-Gebrauch an unterschiedenen Orten hierin das Gegentheil zeiget. HERTII *dissert. de quasi possessore probante*, HORNIVS in einem besondern *Programmate*, welches er der neuen Vorrede des SVLVII PACIANI *de Probationibus* vorgesetzet.

§. 1138. 1140. Die vierte Classe faßt diejenigen actiones reales in sich, welche aus einem Pfandschaffts-Recht entspringen, in so weit nemlich ein pignus nicht als ein Contrakt anzusehen ist, als woraus nur eine persönliche Klage

Klage entstehet, sondern als ein ius in re betrachtet werden muß. Aus einem Pfandschaffts-Recht erwachsen zwei Real-Klagen, welche prætorisch sind, und ihre Benennung von ihrem Urheber herleiten: die eine heißt serviana, die andere quasi serviana, oder auch hypothecaria. Jene ist specialis; aber diese generalis. Wir sagen, actio serviana sey specialis: denn sie beziehet sich nur auf einen eintzigen sonderbaren Fall, da nemlich jemand ein Land-Gut verpachtet, und zur Sicherheit ein gewisses Unterpfand hat setzen und bestimmen lassen. Im Fall nun der Pachter solches Unterpfand veräusserte, oder als eine rem mobilem von Händen kommen liesse, ohne das Pacht Geld erlegt zu haben: so gehet der Verpachter einem jedweden Besitzer der verpfändeten Sache mit dieser Klage zu Halse, und bittet den Richter, dem Beklagten zu eröfnen, daß ihm, Klägern, auf die strittige Sache die Pfand Gerechtigkeit zustehe, und Beklagter deswegen ihm solche so lange abzutreten schuldig sey, bis Kläger das noch ausstehende Pacht-Geld ausgezahlt bekommen habe. Daß man aber actionem quasi servianam, oder die Hypotheken-Klage, mit dem Beinamen generalis beleget, solches rührt daher, weil sie ein jeder Gläubiger wegen Ablieferung einer verpfändeten oder pfändlich verschriebenen Sache wider einen jeden Besitzer derselben gebrauchen kan. Durch dieselbe also läßt der Kläger Beklagten zu Abtretung derjenigen Sache, woran Kläger eine Unterpfands Gerechtigkeit hat, anmahnen, bis die Schuld durch wirckliche Abfindung von dem Haupt-Schuldner getilget seyn wird. Wobei man wohl zu mercken hat, daß die Klage gegen den beklagten Besitzer nicht alternative gerichtet werde, daß er, nemlich Beklagter, entweder die verpfändete Sache heraus zu geben, oder die 400. Thaler Schuld abzutragen schuldig sey: weil nicht Beklagter, sondern der Haupt-Schuldner zum Abtrag solcher Forderung laut des geschlossenen Contrakts anzuhalten ist, als welchen der Kläger mit Beklagten keinesweges geschlossen hat. Doch wir haben von diesen Klagen oben (§. 818.) weitläuffiger gehandelt.

§ 1141-1144. Nach vollbrachter Abhandlung der unterschiedenen Real-Klagen haben wir noch einige andere hinzugefüget, die man gar füglich **Miscellan-Klagen** nennen kan, weil sie entweder mit Wahrheit oder fälschlicher Weise zu den Real-Klagen gerechnet werden. Dergleichen nun sind α) actio pauliana, als welche *Iustinianus* §. 6. *Inst. h. t.* ausdrücklich zu den Real-Klagen zehlet, ohngeachtet man ad restituendum klaget, und zugleich die Früchte und Nutzungen ausgelieffert haben will, L. 38. §. 4. D. *de usuris*, welche Beschaffenheit sonsten bei den persönlichen Klagen anzutreffen ist. Es kan aber *Iustinianus* einiger maassen vertheidiget werden, weil diese Klage aus der possessione bonorum prætoria, als einem iure in re, entspringet. PAGENSTECHER *Aphorism. h. t.* Dessen ungeachtet ist so viel gewiß, daß actio pauliana

liana den persönlichen Klagen näher komme, als den actionibus realibus. Dieselbe nun stehet denen Gläubigern zu, zu deren Nachtheil ein Schuldner das seinige veräussert hat: und zwar stellt man sie wider diejenigen an, welche solche veräusserte Güter im Besitz haben, damit sie solche mit allen Früchten wiederum heraus geben sollen, und zwar ohne Entgeld. Damit wir uns den Fall noch deutlicher vorstellen mögen, so müssen wir einen concursum creditorum voraus setzen. Die Gläubiger treffen den betrügerischen Schuldner in seinem leeren Nest an: denn er hat das seine boßhaffter Weise und den Gläubigern zum Tort und grossen Schaden veräussert. Da sie aber erfahren, daß sich unterschiedene gewinnsüchtige Käuffer des bevorstehenden concursus ungeachtet gefunden haben, welche dem Schuldner in seinem Vorhaben behülflich gewesen sind, und nach geschehenen Abkauf nunmehro dessen Güter besitzen: so bestellen die betrogenen Gläubiger einen curatorem bonorum, welcher die boßhafftiger Weise veräusserten Güter wieder einklagen soll. Solcher Curator nun gebrauchet sich der Actionis Paullianæ folgendergestalt: **Es hat sich *Liquidatus* unterstanden, seinen an dem hohen Berge gelegenen Weinberg um 50. Thaler käuflich zu veräussern, in der Absicht, die *Liquidanten* dadurch zu gefährden, welches auch wircklich bei nunmehro entstandenem *Concurs* erfolget ist, und sich hervor thut, daß die annoch vorhandenen Güter zu Bezahlung der *Creditorum* nicht hinlänglich sind. Wann dann bei solcher Bewandniß *ex provisione Prætoris* dergleichen *Alienation pro non facta* zu halten ist; so ist der Kläger Suchen, daß Beklagter den *quæstionirten* Weinberg nebst allen eingehobenen Nutzungen wieder abzutreten schuldig sey.** Auf solche Art suchet demnach der curator bonorum die betrügerischer Weise veräusserten Güter wiederum ad massam concursus herbei zu schaffen. Er nennet daher den boshaften Schuldner *Liquidatum*, und die Creditores *Liquidanten*. Er gehet auf diejenigen Besitzer los, welche an dem boshaften Vornehmen und der vorsetzlichen Bosheit des Schuldners Theil haben, weil ihnen der bevorstehende Concurs bekannt gewesen ist, und sie deswegen die Gelegenheit, Güter um halbes Geld an sich zu kauffen, nicht haben versäumen wollen. Dabei lasse man sich aber die gemeine Erklärung L. 10. §. 24. D. *Quæ in fraudem creditorum &c.* nicht irre machen, als wenn die actio pauliana nur wider denjenigen statt fände, dem der Schuldner etwas titulo lucrativo veräussert hätte, z. E. durch eine Schenckung. Denn da die Worte *cit.* L. also lauten: *Iniquum Prætor putavit, in lucro morari eum, qui lucrum sensit ex fraude: ideirco lucrum ei extorquendum putavit.* So ist die Deutung keinesweges auf einen titulum lucrativum zu machen, sondern es ist genug, daß der Käufer von dem herannahenden Concurs hat profitiren wollen, und sich wircklich des Schuldners Güter um ein Spott-

Geld

Geld hat in die Hände spielen lassen, als wodurch eigentlich die creditores moto concursu gefährdet sind. Kurtz der Beklagte wird angehalten, das Veräusserte ohne Entgeld mit allem Zubehör wieder heraus zu geben. L. 10. §. 19. 22. D. *eod.* Ein Glück aber würde es für ihn seyn, wenn die Gläubiger oder der curator bonorum die dafür gelieferte Zahlung annoch, nebst des Käufers schriftlichen Nachricht, etwa in dem zurück gelassenen Schreibe-Pult, oder wo es ist, angetroffen hätten, L. 8. D. *eod.* Wenn es hiernächst zweiffelhafft ist, ob animus defraudandi creditores bei der Veräusserung gewesen sey, zumal, wenn dieselbe lange vor dem Concurs geschehen ist: so belegen die creditores den Schuldner deswegen mit einem cörperlichen Eid, wodurch er erhärten muß, daß er solche Veräusserung sie zu gefährden nicht vorgenommen habe. Zuletzt dauret die Befugnis, solche Klage anzustellen, einen annum utilem, oder gantzer vier Jahre, nemlich von dem Tage der Veräusserung an zu rechnen, L. 6. §. *fin.* L. 10. §. 18. D. *eod.* weil sie eine Art von der restitutione in integrum ist, L. 10. §. 2. D. *eod.* Aus diesem allen ist nun gar leicht zu sehen, daß actio paulliana allein wider Schelme und betrügerische Leute, keinesweges aber wider diejenigen statt habe, welche sich in bona fide befinden. β) Rechnen die Rechtslehrer noch zu den Real-Klagen die interdicta, weil sie den Besitz für die fünfte Art eines iuris in re halten, und mithin die interdicta, da sie aus dem Besitz erwachsen sind, für Real-Klagen ausgeben. Allein es ist dieses offenbar falsch. Denn erstlich haben wir oben (§. 434.) deutlich dargethan, daß man den Besitz ohne Ursache ein ius in re nenne, und fürs zweite haben wir vor uns die Worte VLPIANI L. 1. §. 3. D. *de interdictis.* *Interdicta omnia licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt.* Jedoch davon werden wir unten (*Tit.* XV.) ein mehreres zu reden haben. γ) Werden die actiones præiudiciales, vermittelst welcher man wegen eines status hominis klagbar wird, mit besserm Fug zu den Real-Klagen gerechnet. §. 3. *Inst. h. t.* Die Benennung betreffend, so heissen diese Klagen darum præiudiciales, weil man vermittelst solcher Klagen gemeiniglich über solche Punkte den Richter erkennen läßt, die auszumachen sind, bevor man zu der Haupt-Klage schreitet, als welche sich auf eine Præiudicial-Klage gründet. Man will z. E. *Titium* nicht für einen Erbfolger erkennen, weil man nicht weiß, ob er des Verstorbenen ehelicher Leibes-Erbe ist, so muß der letzte Punkt vorhero durch richterlichen Ausspruch gewiß gemachet werden, daß nemlich *Titius* des Verstorbenen ehelich erzeugter Sohn sey, worauf denn derselbe erstlich vermittelst der Haupt-Klage seines Vaters Erbschafft suchen kan. So viel wir demnach status hominum haben, so viel giebt es actiones præiudiciales. Laut §. 76. nun ist status hominum qualitas, cuius ratione homines diverso iure utuntur, oder ein solcher Zustand, nach dessen Eigenschafft jemand gewisse Gerechtsame und Befugnisse gebrau-

chen kan. Er iſt entweder natürlich oder bürgerlich. Der bürgerliche iſt entweder libertatis, oder civitatis, oder auch familiæ. Solche Eintheilung herrſchet in unſern Rechten durchaus, wenn von dem Zuſtande einer Perſon geredet wird, und ſo oft deren rechtliche Umſtände berühret werden. Was den ſtatum libertatis anbelanget, ſo wird bei demſelben allemal die Frage erörtert, ob ein Menſch in der Freiheit oder Knechtſchafft ſtehe. Bei dem ſtatu civitatis fragt man, ob jemand das Bürger-Recht habe oder nicht: dergleichen Frage CICERO *in Orat. pro Archia Poëta* abhandelt. Bei dem ſtatu familiæ erwäget man, ob eine Perſon ein Haus-Vater oder Haus-Sohn ſey. Nun können mit jedem Zuſtande wiederum beſondere Umſtände verknüpffet ſeyn, nach welchen einer Perſon wiederum gewiſſe Gerechtſame zukommen, die etwa in einem Lande oder Reiche, oder auch in einer Stadt gebräuchlich ſind. Man nehme z. E. einen General, welcher in eines Printzen Dienſten ſtehet, und dabei noch unterſchiedene Ehren-Stellen bekleidet. Er iſt z. E. 1) ein gewiſſer Ordens-Ritter; 2) er iſt Dom-Dechant zu Brandenburg; 3) er iſt Obriſter über ein Regiment zu Pferd; 4) er iſt Statthalter über eine Provintz; 5) er iſt Landes-Hauptmann über einen Creis; 6) er iſt ein Graf in ſeinem Lande; 7) er iſt ein Pfänner allhier in Halle; 8) er iſt Bürger allhier in Halle, u. d. m. Alle dieſe Ehren-Stellen und Umſtände ſind mit gewiſſen Gerechtſamen und Verbindlichkeiten verknüpffet: und ſo oft derentwegen ein Streit entſtehet, ſo oft findet ſich actio præiudicialis, weil ſie gemeiniglich vor Anſtellung einer Haupt-Klage zu thun und auszumachen iſt. In dem Römiſchen Recht findet man vornemlich zwei actiones præiudiciales, davon die erſte *liberalis cauſſa* genennet wird. Solche fand ſich zu Rom, wenn entweder ein Herr wider ſeinen Knecht, welcher ſich für einen freien Menſchen ausgab, zu dem Ende klagte, daß er ihn wiederum in ſeinen Dienſt und in die vorige Knechtſchafft bekommen möchte: oder wenn ein freier Menſch von einem Herrn zur Ungebühr in der Knechtſchafft und Dienſtbarkeit gehalten wurde, und deswegen wider ſolchen Herrn eine Klage anſtellte, auf daß er für einen freien Menſchen erkläret, und mithin der Knechtſchafft entlediget würde. In beiden Fällen war derjenige Menſch, über deſſen Freiheit geſtritten wurde, vor den Gerichten zu ſtehen nicht befugt: weil es noch ungewiß war, ob er als ein freier Menſch, oder als ein Knecht anzuſehen war. Da er nun als Knecht vor keinem Richter erſcheinen durfte: ſo wurde hierzu eine Mittels-Perſon gebrauchet, welche wegen der ſtrittigen Freiheit des vorgegebenen Knechts das Amt eines gerichtlichen Anwalds verſahe, und deswegen den beſondern Namen eines Aſſertoris bekam; weil er nicht als procurator, welchen nur die domini beſtellen mochten, die in ihren Gütern freie Hand hatten, angeſehen werden konte. Die in den alten Zeiten gebräuchliche Weiſe aber

ſchaffte

schaffte nachhero der Keiser *Iustinianus* wegen vieler daher entstehenden Beschwerlichkeiten dergestalt ab, daß ein solcher Mensch ipse per se ad intentionem eius, qui dominum se se adserit, sich vor den Gerichten verantworten dürfe, und falls ihn jemand aus seiner Freiheit in die Knechtschafft führen wolte, so solte er sich auch einen procuratorem bestellen können, L. 1. *princ. Cod. de adsert. tollenda.* Die zweite actio præiudicialis bei den Römern war *de agnoscendo & alendo partu*, und wurde einer abgeschiedenen Ehefrau, oder deren Kinde wider dessen Vater, welcher die Frau verstossen hatte, deswegen verstattet, daß derselbe Vater solches Kind für das seine erkennen, und mit dem Unterhalt versehen solte. Denn es pflegte sich gar oft zuzutragen, daß die Ehemänner ihre Weiber währender Schwangerschafft von sich jagten, und nachmals nach vollbrachter Geburt vorgaben, daß solche nach der Ehescheidung geborne Kinder nicht von ihnen herstammeten. Eben daher kam es, daß die abgeschiedene Frau in solchen Umständen besichtiget werden muste, um zu erfahren, ob es mit der Schwangerschaft seine Richtigkeit habe. Es wurde ein custos ventris bestellet, und, wenn hierauf das Kind geboren war, der ehemahlige Ehemann der verstossenen Mutter dasselbe für sein Kind zu erkennen und zu unterhalten genöthiget. S. *tit.* D. *de inspiciendo ventre.* Ueberhaupt nun von unsern Teutschen Rechts-Gebrauch etwas zu sagen, was nemlich statum hominis betrifft, so ist zu mercken, daß die Präjudicial-Klagen bei uns gar selten angestellet werden. Aber beiläuffig und incidenter geschiehet es oft, daß bei einem Haupt-Proceß einer Partei wegen einer von dem rechtlichen Zustande herrührenden Befugniß eine Exception oder Einwendung und Einrede gemachet wird. Man belanget z. E. Titium wegen eines geschlossenen Handels; dieser giebt sich für einen Minderjährigen aus, und suchet restitutionem in integrum. Darauf läugnet der Kläger in der Reblic dem Beklagten die Minderjährigkeit ab: deswegen muß Beklagter hierüber den Beweiß führen, und nach der Beschaffenheit solches Beweises richtet man sententiam finalem actionis principalis ein. Auf gleiche Weise geschiehet es, daß man sich der Befugniß personarum miserabilium bedienet, und sogleich mit Ueberschreitung aller Unter-Gerichte seine Zuflucht zu dem höchsten Richter nimmt; der Beklagte giebt vor, Kläger sey nicht unter personas miserabiles zu rechnen: darum liegt Klägern ob, hiervon den Beweiß zu übernehmen. So kan auch eine præiudicial Klage so gar *ex statu humanitatis* erwachsen, die man doch als eine actionem principalem traktiren kan, wenn z. E. ein Mensch wegen seiner Ungestalt von seinen Brüdern als ein monstrum angesehen würde, und diese wolten ihn deswegen von der Erbfolge ausschliessen: so könte er als Kläger sein Suchen dergestalt einrichten, daß er bittet, der Richter wolle ihn für einen vollkommenen

Menſchen erklären, und mithin von dem Vorwurf eines *monſtri* frei und ledig machen. S. des Hrn. von Bergers Tract. *de uſu actionum rei perſequutoriarum cap.* I. §. 2. Man ſiehet aber gar wohl und nimmt auch in dem täglichen Rechts-Gebrauch wahr, daß ein ſolcher Kläger in ſeinem Suchen zugleich den Haupt-Zweck mit berühret, alſo daß obgedachter Kläger ſein Begehr folgender Geſtalt hätte einrichten können, ich bitte, mich für einen vollkommenen Menſchen zu erklären, und darauf zur Succeſſion und Theilnehmung an der väterlichen Erbſchafft zuzulaſſen. So kan ſich auch wegen der Lehns-Folge dieſer Fall zugetragen haben, daß ein Landes-Herr eines verſtorbenen Vaſallen Lehen-Güter einziehet, weil deſſen Lehns-Erbe wegen unterſchiedener Leibes- oder Gemüths-Gebrechen dem Verſtorbenen zu ſuccediren für unfähig ausgegeben iſt. Dannenhero ſtellet dieſer actionem præiudicialem an, und bittet als implorant, daß er für einen Menſchen, der ſeinen vollkommenen Verſtand habe, und geſunder Leibes-Conſtitution ſey, zu erklären, und alſo zur Lehns-Succeſſion zuzulaſſen ſey. Inſonderheit aber, da dergleichen Fälle gemeiniglich nur incidenter abgethan werden, ſo findet ſich an denjenigen Orten, wo noch die Leibeigenſchafft im Schwange gehet, nach Römiſcher Gewohnheit præiudicial-Klagen, als actiones principales anzuſtellen; da alsdenn der Herr wider ſeinen Knecht folgende Bitte gebraucht: daß Beklagter für des Klägers leibeignen Knecht zu halten, und alſo derſelbe unter ſeine Gewalt ſich wieder einzuſtellen, und nach wievor demſelben dienſtbar zu ſeyn angehalten werden möge. Im Gegentheil, wenn ein vorgegebener Knecht oder Leibeigener, wie auch Eigenbehöriger berechtiget wäre, ſich der Leibeigenſchafft zu entledigen, ſo klagte er alſo: daß ihn der Richter für eine freie Perſon declarire, und dagegen den Beklagten dahin anhalte, daß er ſich ferner kein Recht noch Gewalt über ſeine Perſon anmaſſen möge. Es läßt ſich hiernächſt auch das remedium ex L. *diffamari ſ. Cod. de ingenuis manumiſſis* mit zu den præiudicial-Klagen rechnen. Wie aber in obgedachten Fällen der Kläger Implorant und Beklagter Implorat genennet zu werden pflegen, alſo heißt bei dieſem remedio der Kläger diffamat und Beklagter diffamant. Dannenhero würde des Klägers Suchen alſo lauten: *Diffamat* bitter dem *diffamanten* anzubefehlen, daß er ſeine *diffamation* zu erweiſen ſchuldig, widrigenfalls aber gewärtig ſey, daß ihm ein ewiges Stillſchweigen auferleget werde. Nun iſt zwar im angeführten Lege nur die Rede vornemlich de diffamatione ingenuorum; allein man hat dennoch in dem gemeinen Rechts-Gebrauch ein allgemeines Rechts-Mittel daraus gemacht, weil das gedachte Geſätz auf ſolchen Grunde beruhet, welcher ſich auch auf

andere

andere Fälle ziehen läßt, da eine üble Nachrede vorgegangen ist, welche uns an unsern Rechten und Würden nachtheilig seyn kan.

§. 1145 - 1147. Nunmehro, da wir mit der Lehre von den Real-Klagen fertig worden sind, müssen wir uns auch nach den persönlichen Klagen umsehen, welche nemlich aus einem iure ad rem, oder verabredeten Schuldigkeit herrühren. Nun aber rühret eine jede Schuldigkeit entweder **unmittelbar** aus natürlicher Billigkeit sowol, als aus dem bestimmten Gesätz, oder **mittelbar** aus einer verbindlichen Verrichtung und That her, die erlaubt und unerlaubt ist. (§. 771.) Dannenhero betrachten wir 1) die Natur und Beschaffenheit der persönlichen Klagen überhaupt. §. 1145 - 1147. 2) Diejenigen persönlichen Klagen, welche unmittelbar aus natürlicher Billigkeit entspringen. §. 1148 - 1154. 3) Die Klage, welche sich auf ein bestimmtes Gesätz gründet. §. 1155. 4) Diejenigen Klagen, welche aus einer verbindlichen erlaubten Verrichtung entstehen. §. 1156 - 1165. 5) Diejenigen Klagen, welche wegen einer verbindlichen unerlaubten That angestellet werden. §. 1166 - 1171. Solchemnach haben wir 1) von der Natur und Beschaffenheit der persönlichen Klagen etwas weniges überhaupt vorzutragen: und deswegen mercken wir, a) daß alle persönliche Klagen in unserm iure condictiones genennet werden, gleichwie alle Real-Klagen überhaupt vindicationes heissen. §. 1. *Inst. h. t.* b) Daß alle personal-Klagen aus einem iure ad rem, d. i. aus einer Schuldigkeit oder Verbindlichkeit bestehen. c) Daß solche Klagen allein wider solche statt finden, mit welchen wir uns in einen Contrakt eingelassen haben, oder durch deren unerlaubte That man Schaden gelitten hat, L. 25. *princ. D. de Oblig. et Action.* jedoch sind hiervon einige actiones in rem scriptæ ausgenommen, weil dieselben, ohngeachtet sie personales sind, wider einen jeden Besitzer angestellet werden können, und darin mit den Real-Klagen etwas gemein haben. Allein da das Verzeichnis jetztbenannter Klagen eben nicht allzu weitläuffig ist: so kan man dieselben gar leicht im Gedächtnis behalten. Denn es ist **erstlich** actio quod metus causa, **zweitens** paulliana, **drittens** ad exhibendum, und **viertens** actio aquæ pluviæ arcendæ. d) Mercken wir noch von der Beschaffenheit der personal-Klagen, daß sie gleich den actionibus realibus ebenfalls civiles und prætoriæ sind, da jene aus dem iure civili, diese aber aus dem iure prætorio oder honorario hergeleitet werden, §. 2. 3. *Inst. h. t.*

§. 1148 - 1154. Zu der ersten Classe der persönlichen Klagen haben wir alle diejenigen zu rechnen, welche unmittelbar allein aus der natürlichen Billigkeit entstehen. Dahin gehöret erstlich *actio ad exhibendum*, bei deren Benennung wir zu mercken haben, daß exhibere soviel heisse, als öffentlich

sentlich vor den Gerichten eine bewegliche Sache aufweisen und hervorzeigen, damit man dieselbe in Augenschein nehmen könne. L. 2. D. *ad exhibendum.* L. 56. D. *de procurat.* Wiewol auch nach der Meinung unterschiedener grossen Rechtslehrer res immobiles mit hierher gezogen werden wollen, arg. L. 3. *princ.* L. 8. D. *ad exhibendum*, welches wir aber dahin gestellet seyn lassen. Diese Klage hat man nun insonderheit vor die Hand zu nehmen, wenn wir etwas zu vindiciren gesonnen sind, L. 1. D. eod. und nicht wissen, ob sie wircklich uns zugehöre oder nicht. Es klaget aber vornemlich derjenige ad exhibendum, dem die Sache angehet, und dem etwas daran gelegen ist, wider einen jeglichen Besitzer einer Sache, welche wir für die unsrige halten: weil diese Klage obgedachtermaassen eine actio in rem scripta ist. Man bittet den Richter vermittelst dieser Klage, daß uns die Sache gerichtlich vorgezeiget werde, oder widrigenfalls ad id, quod interest. L. 3. §. 2. L. 9. §. *penult.* L. 10. L. 11. D. *eod.* Stünde aber ein Richter wegen des Klägers Befugniß an der quæstionirten Sache im Zweiffel: so verfähret er summarisch, L. 3. §. 9. D. *eod.* Und im Fall der Beklagte die Sache hätte von Händen kommen lassen, welches er leicht vorgeben kan: so wird ihm der Eid zuerkannt, daß er nemlich z. E. das gekauffte Kleid nicht besitze, noch auch gefährlicher und boshafter Weise dasselbe habe von Händen kommen lassen. Wenn nun jemand diese Klage anstellt, so richtet er sein petitum dergestalt ein: *Implorant* hat in Erfahrung gebracht, daß *Implorat* vor kurtzem eine güldene Uhr, welche mit fünf Demanten besetzet, und mit der Ziffer 1034. bezeichnet ist, desgleichen worinnen sich die Abbildung des Printzen *Eugenii* befindet, gekauffet. Weil ich nun daher die Muthmassung mache, daß es eben diejenige seyn müsse, welche man mir gestohlen hat; und er sich dennoch weigert, mir dieselbe vorzuzeigen, da mir doch viel daran gelegen ist, daß ich dieselbe sehe: so ist mein inständiges Suchen, *Implorat*en zu eröfnen, daß er mir die *quæst.* güldene Uhr vorzuweisen schuldig sey. Hätte nun der Kläger Ursach zu glauben, daß Beklagter gedachte Uhr veräussert habe: so klaget er ad id, quod interest, und erbietet sich zu dem iuramento in litem. L. 3. §. 2. L. 5. §. 2. D. *eod.* Und dieses kan in dem Libell folgendergestalt beigefüget werden: Falls er aber dieselbe gefährlicher Weise hat von Händen kommen lassen, daß er mir alsdenn das *Interesse*, so ich auf 430. Thaler anschlage, und mit dem *iuramento in litem* zu erhärten erbötig bin, bezahlen müsse. Fragt man nun endlich, woraus man eines Menschen Schuldigkeit, uns unsere Sache vorzuweisen, herleiten müsse; so dienet zur Antwort: aus dem bekannten Lehr-Satz des natürlichen Rechts: Was dir keinen Schaden, einem andern aber Nutzen bringet,

bringet, darzu bist du verbunden. Es gehöret zweitens hierher die *actio de edendo*, welche man anstellet, wenn man mit öffentlich privilegirten Geld-Wechslern oder Banquiers zu thun hat, und genöthiget wird, diejenigen Rechnungen zu sehen, welche sie unsertwegen aufgezeichnet haben, sich aber weigern solche von sich zu geben. Man belanget demnach mit dieser Klage den Geld-Wechsler, keinesweges aber dessen Erben, ungeachtet auch unsern Erben solche Klage wider den Wechsler selbst zustehet, L. *ult.* D. *de edendo*, und zwar zu dem Ende, daß er uns die uns angehende Rechnung herausgebe, oder widrigenfalls præstire id, quod interest, L. 8. D. *eod.* Was nun die andern beide Fälle betrifft, nemlich editionem instrumentorum und editionem actionis, davon wollen wir, um alle Weitläufftigkeit allhier zu vermeiden, in den Pandekten *Titulo de edendo* ein mehreres reden. Drittens sind hierher zu ziehen die *interdicta*, vermittelst welcher sich jemand billigermaassen bei dem Besitz einer Sache vertheidiget, bis die Gegen-Part ihr Recht gehöriger maassen ausgemacht hat, davon aber wird unten (Tit. XV.) weitläufftiger zu handeln seyn. Viertens gehöret hierher die *restitutio in integrum*. Denn alle diejenigen negotia oder contractus, deren Giltigkeit sich auf ein strenges Recht gründete, wurden von dem Prætore aus billigen Ursachen rescindiret oder zernichtet, falls ihn eine rechtmässige Ursach darzu bewegen konte: und deswegen verstattete er restitutionem in integrum. Es sind aber solche rechtmässige Ursachen folgende sechse: a) *Vis & metus*, d. i. wenn der Kläger darthun konte, daß ihn Gewaltthätigkeit, Furcht und Schrecken zu Schliessung eines Contrakts veranlasset habe. b) *Dolus*, d. i. wenn der Kläger des Beklagten Gefährde, vorsetzliche Boßheit und Betriegerei vorschützen konte. c) *Minorennitas*, d. i. da der Kläger währender seiner Minderjährigkeit einen ihm nachtheiligen Contrakt mit Beklagten geschlossen hat. d) *Absentia reipublicæ causſa*, d. i. wenn der Kläger innerhalb der Zeit, da er um des gemeinen Bestens willen verreiset gewesen war, von Beklagten Schaden gelitten hatte, welches z. E. durch Verjährung geschehen konte. e) *Capitis deminutio*, d. i. wenn der Kläger in die Knechtschafft wiederrechtlicher oder unglücklicher Weise z. E. durch feindliche Gefangenschafft gerathen war. f) *Alienatio iudicii mutandi cauſſa facta*, d. i. wenn der Kläger bewies, daß Beklagter um deswillen die quæst. Sache veräussert hatte, damit ein anderer Richter bei vorfallender Klage die Sententz fällen, und Kläger einen gefährlichen Gegner überkommen möchte. Was die beiden letztern Fälle betrifft, so kan man sie bei uns nicht sonderlich nutzen, zumal da im letztern Fall der rechtliche Weide-Spruch gilt: *qui dolo poſſidere deſiit, pro poſſeſſore habetur.* Derowegen wollen wir nur die vier erstern cauſſas restituendi einigermaassen in Erwegung ziehen 1) hat man

wegen vis & metus die actionem quod metus causſa, wenn mir nemlich jemand mit Gewaltthätigkeit oder Furcht und Schrecken etwas abgedrungen hat: ſo iſt vor allen Dingen darauf zu ſehen, ob ein contractus ſtricti iuris oder bonæ fidei dabei geſchloſſen worden iſt. Denn ein contractus bonæ fidei iſt in ſolchem Fall ſchon krafft Rechtens ungiltig und unkräfftig: weil Gewaltthätigkeit und Schrecken bonæ fidei oder einem guten Gewiſſen ſchnur gerade entgegen ſind, L. 116. D. *de Reg. Iur.* Und daraus ergiebet ſich von ſelbſt, daß in ſolchem Fall keine reſtitutio in integrum nöthig ſey. Denn was braucht es dasjenige erſt ungiltig zu machen oder zu reſcindiren, was an und vor ſich ſchon ungiltig iſt? Non entis enim nullæ ſunt adfectiones. Unſere Zuhörer haben dieſes wohl zu mercken, da ſie bei denjenigen Schriftſtellern, welche aus Unverſtand das Wort reſcindere ohne Unterſcheid gebrauchen, eine groſſe Nachläßigkeit und Unbehutſamkeit im Schreiben finden werden. Wenn im Gegentheil ein negotium ſtricti iuris iſt; ſo muß es auch nach dem ſtrengen Recht giltig ſeyn, und gehalten werden: weil, nach der Lehre der Stoiſchen Weltweißheit, ein erzwungener Wille auch als ein Wille angeſehen wird. S. GUNDLINGII *diſſert. de efficientia metus.* Allein der Prætor reſcindirte dergleichen Handel, vermittelſt der Geſtattung actionis quod metus causſa. Solche Klage gebrauchet demnach derjenige, von welchem etwas mit Gewalt, Furcht und Schrecken erzwungen worden iſt, wider einen jeden Beſitzer der abgedrungenen Sache: weil dieſe Klage in rem ſcripta iſt. Er ſtellet ſie zu dem Ende an, damit der Beſitzer gedachte Sache wiederum ausliefere, oder wo dieſes nicht geſchiehet, ſolche vierfach erſetze, L. 9. §. 8. L. 12. L. 14. §. 7. D. *quod metus cauſſa.* Uebrigens hatte dieſe Klage innerhalb einem anno utili, oder in Zeit von vier Jahren ſtatt. War aber ſolche Zeit verfloſſen, ſo konte man nur auf das ſimplum, und keinesweges auf das quadruplum gehen, L. 14. §. 1. ſequ. D. *eod.* S. NOODT *de form. emend. doli mali cap.* XVI. p. 282. 2) Verſtattete der Prætor im andern Fall wegen verübter vorſetzlicher Boßheit actionem de dolo malo. Dieſe Klage ſtehet allemal demjenigen zu, welcher von jemanden gefährdet iſt, und mithin wegen bewieſener Schalckheit und vorſetzlichen Betrug Schaden erlitten hat. Es iſt aber auch hier inter negotia ſtricti iuris & bonæ fidei ein genauer Unterſcheid zu machen. Denn wenn wir zu Schlieſſung eines contractus bonæ fidei durch jemandes Boßheit und Schalckheit veranlaſſet worden ſind: ſo iſt der Contrakt ſchon an ſich unkräftig, mithin bedarf es keiner Reſtitution. Hätte uns aber nach ſolchen geſchloſſenen Contrakt unſer Contrahent einen dolum bewieſen, ſo kan dergleichen Gefährde mit Ergreiffung derjenigen Klage, welche aus dem gemachten Contrakt entſpringet, wieder gut gemachet werden, L. 7. *princ.* D. *de dolo malo.* Hat man dagegen einen contractum ſtricti iuris zu Stande gebracht, und man iſt bei dieſem

ſem gefährdet worden; alsdenn findet die actio de dolo malo ſtatt. Derjenige nun, welcher bei einem ſolchen contractu nur über 2 Gold-Gülden durch eines andern Gefährdung Schaden gelitten hat, L. 7. §. *ult.* D. *eod.* kan ſolche Klage contra lædentem, nicht aber wider deſſen Erben zu dem Ende anſtellen, daß ihm die durch die Gefährdung verlohrne Sache mit allem Zubehör wieder heraus gegeben werde, oder Beklagter wenigſtens ſo viel, als der Kläger mit dem iuramento in litem erhärtet, zu bezahlen angehalten werde. L. 18. *princ.* D. *eod.* HVNNIVS *de rerum æſtimatione Sect.* II. *qu.* 5. Nächſtdem iſt von dieſer Klage zu mercken, daß ſie infamiret, L. 1. §. 5. D. *de bis, qui not. infam.* Und eben dieſes iſt die Urſache, warum man dieſelbe nicht gegen jedermann anſtellen darf. Es iſt dannenhero rathſam, daß derjenige, welcher von ſeinem Oberherrn, oder auch einem ſolchen, gegen welchen er ſich ehrerbietig und demüthig bezeigen muß, auch auf die gröbſte Weiſe gefährdet worden iſt, ſtatt dieſer Klage, actionem in factum zur Hand nehme, damit er ſich nicht noch mehr Unheil über den Hals ziehe. Solches haben ſich inſonderheit Unterthanen in Anſehung ihres Landes-Herrn, wie auch die Vaſallen in Anſehung ihres Lehens-Herrn wohl zu mercken. L. 1. §. 1. D. *eod.* Ferner ſehen wir, warum deswegen die Befugnis, ſich ſolcher Klage zu gebrauchen, nur zwei Jahre lang dauret, L. *ult. Cod. eod.* STRYK *in Vſu Mod. Pandect. Tit. de dolo malo* §. 2. & 3. Endlich iſt eben die aus dieſer Klage zu befürchtende infamia der Grund, warum actio in factum nur in ſo weit gegen die Erben deſſen, der mich gefährdet hat, gantzer 30. Jahre lang ſtatt finden kan, als etwa auf ſie von denjenigen Sachen gekommen iſt, um welche ich durch die Gefährde des Verſtorbenen verkürtzet und gebracht worden bin, L. 28. L. 29. D. *eod.* Ueberhaupt aber mercken wir hierbei dieſes an, daß wir Teutſchen nach unſern Reichs-Geſätzen lauter contractus bonæ fidei, d. i. welche ſich auf die bloſſe natürliche Billigkeit gründen, und mithin gar keine contractus ſtricti iuris einzugehen pflegen. Da wir nun oben vernommen haben, daß alles, was wider bonam fidem ſtreitet, an ſich ungiltig und unkräfftig ſey: ſo folget nothwendig, daß dergleichen contractus, bei welchem ſich Gewaltthätigkeit, Furcht, Schrecken, Gefährde, Trug und Hinterliſt finden, nicht allererſt vermittelſt Römiſcher Klagen ungiltig gemacht werden dürfen. Hieraus kan man demnach ſelbſt leichtlich abnehmen, daß, wie alle dergleichen Klagen, die ſich auf negotia ſtricti iuris beziehen, und auf die Reſcindirung derſelben dringen, alſo auch die actio de dolo malo ſo, wie ſie bei den Römern gebrauchet wurde, in unſern Gerichten gar nicht angebracht werden könne: zudem wird ſie auch ſchon in dem Römiſchen Recht ſubſidiaria genannt, weil man ſie nur als ein Stichblatt vor die Hand nahm, da keine andere vorhanden war, L. 1. *in fin.* L. 2. ſeqq. L. 7. §. 3. D. *eod.* oder wenn die andere anzuſtellende Klage gleicher maaſſen

infamirete, L. 9. §. 2. D. *eod.* Desgleichen wenn man dolo malo adverſarii um die Befugnis, die uns ſonſt zukommende Klage anzuſtellen, gekommen war, L. 1. §. 6. D. *eod.* Und in dergleichen Fällen ſcheinet ſie auch nur noch einiger maaſſen ſtatt zu finden, daß man vermittelſt derſelben nur auf das intereſſe und auf die Schadloshaltung zu gehen pfleget. Man würde dannenhero ſolchenfalls die Klag-Schrift ſolchergeſtalt einzurichten haben: Es hat mich vor ohngefähr ſieben Monat *Iavolenus* um 1050. Thaler angeſprochen. Und da mir unbekannt war, in was für Umſtänden er ſich befände: ſo habe ich vorhero *Caium Mevium* deswegen erſuchet, ſich darnach zu erkundigen, und mir ſeine Meinung zu ſchreiben, ob ich dahero *Iavoleno* ſolches Geld ſicher vorſtrecken könte. Hierauf hat mich *Caius Mevius* bertieglicher Weiſe verſichert, daß *Iavolenus* als ein wohlbemittelter Mann ſolches Geld gar wohl wieder erlegen könte. Da aber der Erfolg gezeiget hat, daß *Iavolenus* ſchon zur Zeit meiner Anfrage in mißlichen Umſtänden geweſen iſt, und er auch Schulden halber nunmehro wircklich hat austreten müſſen, Beklagter, *Caius Mevius*, hiernächſt ſolches wohl eingeſehen, und mich alſo offenbar hinter das Licht geführet hat; deswegen er auch verbunden iſt, mir den durch ſolchen ſeinen Betrug verurſachten Schaden zu erſtatten: ſo habe ich doch desfalls in der Güte bei ihm nichts ausrichten können. Solchemnach werde ich genöthiget, E. E. Rath gehorſamſt zu erſuchen, Beklagten, *Caium Mevium*, dahin anzuhalten, und in Rechten auszuſprechen, daß er mir die *queſt.* 1050. Thaler, nebſt dem *intereſſe*, zu erlegen ſchuldig ſey. Gantz anders aber lautet actio in factum de dolo: als in welcher man ſich der Worte Gefährde, Trug, Hinterliſt, und dergleichen gantz und gar zu enthalten hat. L. 11. D. *eod.* Dieſemnach müſten die vorhergehenden Ausdrückungen folgendermaaſſen gemildert werden: Weil ich nun durch des Beklagten *Caii Mevii* Uebertredung und Schuld in groſſen Schaden gerathen bin, wiewol er *in bona fide* geweſen ſeyn mag; es aber wider die Billigkeit lauffen würde, wenn ich ſolchen übermäſſigen Schaden über mich ergehen laſſen ſolte: So ꝛc. 3) Iſt diejenige actio, vermittelſt welcher der Prætor den Minderjährigen, wenn man ihnen Schaden zugefüget hat, zu Hülffe kommt, auf den dritten Fall zu ziehen. Sie führet aber keinen beſondern Namen: weil der Prætor keinen iudicem pedaneum zu Handhabung ſolcher Rechts-Sache zu ſetzen, ſondern ſelbſt darinnen zu verfahren pflegte. L. 1. §. 1. L. 24. §. *ult.* D. *de minoribus* XXV. *annis.* Es wurde daher dieſe Klage denenjenigen geſtattet, welche währender Minderjährigkeit Schaden gelitten hatten: und dieſe ſtellten ſolche wi-

der

der diejenigen an, durch deren Zuthun und Bevortheilung ihnen ein Schade erwachsen war, nemlich zu dem Ende, daß der geschlossene Contrakt ungiltig gemachet würde, und die Minderjährigen ihr vollkommenes und unverletztes Recht wiederum erhalten möchten, L. 12. L. 13. §. *ult.* L. 24. §. 8. L. 14. L. 28. D. *eod.* Es beruhete demnach der Grund dieser Klage auf dem lubrico ætatis, und der währender Minderjährigkeit vorgegangenen læsion, welche in zweiffelhaften Fällen erwiesen werden muß, L. 5. Cod. *de restitut. minor.* L. 9. §. 4. D. *de iniuriis.* Bei dieser Klage nun von unsern Rechts-Gebrauch etwas zu melden, so ist bekannt, daß ein Vormund, oder nach Römischer Art zu reden, ein Curator währender Minderjährigkeit seines curandi, oder innerhalb der bestimmten fatalium die restitutionem in integrum selbst suchen muß: weil er widrigenfalls nach verstrichenen fatalibus die læsion, laut der Churfürstl. Sächsischen verbesserten Proceß-Ordnung, *Tit.* IX. §. 4. selbst aus seinen eigenen Mitteln gut zu thun hat. Dannenhero richtet der Curator die Klag-Schrifft folgendergestalt ein: Demnach mein *curandus Titius* einige Zeit lang mit seiner Muhme wegen der an den Jobs-Weiden gelegenen Hufe Landes in unterschiedene Weitläufftigkeiten gerathen: so ist endlich solche Mißhelligkeit durch Zuthuung guter Freunde und gerichtliche Confirmation dergestalt beigeleget worden, daß mein *curandus* seiner Muhme für den Abstand 1000. Thaler hat erlegen müssen. Es haben sich aber nunmehro vortreffliche Urkunden an den Tag gegeben, aus welchen gantz deutlich erhellet, daß gedachte Muhme an gedachter Hufe Landes gar keinen rechtlichen Anspruch zu machen gehabt hat: mithin ist mein *curandus* durch solchen Vergleich oder *Transact* über die maassen *laditet* worden. Da aber die Rechte demselben solchenfalls die *restitutionem in integrum* angedeihen lassen: so habe ich diese *summarische Imploration* hiermit übergeben wollen. ꝛc. Solchergestalt führet man diese Klagen gleichermaassen nach dem Ableben dessen, welcher einen Minderjährigen bevortheilet oder verkürtzet hat, auch wider die Erben, L. 45. D. *eod.* Ja sie findet auch wider einen tertium possessorem statt, L. 13. §. 1. & *ult. eod.* a) Wenn der tertius possessor in mala fide ist; b) Wenn der lædens wegen seines Unvermögens oder elenden Zustandes nichts zu bezahlen hat; c) wenn sich die læsion darin gründet, daß dem Minderjährigen an der verlornen Sache mehr, als an derselben Werth gelegen sey, L. 9. *princ.* L. 35. D. *eod.* Der Grund der Klage bestehet diesemnach auf einen von diesen dreien Umständen. Wenn man sich nun z. E. auf den letztern gründet; so heißt es in der Klag-Schrifft folgendermaassen: Da ich aber nicht allein in der Summe

des Kauf-Geldes, ſondern inſonderheit auch darin vornemlich Schaden gelitten habe, daß die Veräſſerung dieſes alten Stamm-Guthes wircklich geſchehen iſt; welches ſich doch von mehr als hundert Jahren her unverrückt bei meiner Familie gefunden hat: ſo iſt es mir deswegen nicht zu verargen, daß ich ſolches Gut wieder an mich zu bringen, und darum wider Beklagten *Titium* als jetzigen Beſitzer die *reſtitutionem in integrum* ſuche, als welche die Rechte bei ſo geſtallter Sache auch *contra quemvis poſſeſſorem* geſtatten. Dannenhero iſt mein gehorſamſtes Bitten, in Rechten zu erkennen und auszuſprechen, daß ich gegen die geſchehene Veräuſſerung zu *reſtituiren*, und Beklagter mir das *queſt.* Stamm-Gut ſogleich gegen Wiederzahlung des dafür ausgezahlten Geldes abzutreten ſchuldig ſey. Uebrigens iſt ſolche reſtitution in Zeit von vier auf einander folgenden Jahren zu ſuchen, nemlich von dem Augenblick der erhaltenen Majorennität oder Volljährigkeit an zu rechnen, L. *ult. Cod. de temp. in integr. reſtitut.* Die Gerichten anlangend, in welchen man ſich mit dieſer Klage zu melden hat, ſo iſt es gleich viel, ob der Beklagte in foro ſeines domicilii, oder wo die Sache gelegen iſt, belanget wird: wiewol man lieber das letztere erwählet, da man die Klage wider einen tertium poſſeſſorem anzubringen hat. Endlich werden in Anſehung ſolcher Reſtitutions-Klage Kirchen, Schulen, pia corpora, Städte und dergleichen den Minderjährigen in unſern Rechten gleich geachtet, L. 3. *Cod. de iurib. reip.* L. 4. *Cod. ex quib. cauſſ. maior.* L. 1. *Cod. de offic. eius, qui vic. alic.* In welchen Fällen aber gedachtes quadriennium, innerhalb welchem man ſich mit dieſer Klage melden muß, a tempore læſionis cognitæ zu rechnen iſt. c. 1. & 2. *de reſtitutione in integrum in* 6to. Es folget 4) hierbei actio reſciſſoria, vermittelſt welcher derjenige, welcher um des gemeinen Beſten willen nicht zugegen geweſen, wider die præſentes, oder auch ein præſens wider einen Abweſenden die reſtitutionem in integrum zu ſuchen hat. Deſſen ungeachtet iſt dieſe Klage nicht actio perſonalis, ſondern realis: und eben deswegen iſt von derſelben bereits oben (§. 1132.) gehandelt worden. Wegen der fictionis Prætoris beruhet ſie auch auf einem dominio ficto: indem das Eigenthums-Recht vi ſtricti iuris ob uſucapionem verloren gegangen iſt. Nichts deſtoweniger aber ſolche Verjährung für nicht erfüllet angeſehen wird §. 5. *Inſt. de uſucap.* Man ſiehet bei dem allen, es herrſche auch hier der bekannte Rechts-Satz: *Non valenti agere non currit præſcriptio.* Dannenhero wird in dieſem Fall das verlorne Eigenthums-Recht, der uſucapion unangeſehen, als welche durch des Richters Ausſpruch ungiltig gemacht wird, dem vorigen Eigenthums-Herrn aus natürlicher Billigkeit wiederum ergäntzet und hergeſtellet. Die Urſachen, warum

allhier

allhier eine Restitution statt findet, können aber nicht allein in der absentia bestehen, da auch andere Fälle, z. E. furor, paupertas u. d. m. dem Kläger an der Befugniß zu klagen hinderlich gewesen seyn mögen L. 2. *Cod. de annal. excepr.* Es kan aber eine Verjährung entweder ob absentiam propriam, oder eines andern, welcher unsere zu vindicirende Sache in Händen hat, wirklich ihre Richtigkeit haben. Wir setzen nun vornemlich und insonderheit den Fall, daß jemand wegen rechtmässiger Abwesenheit, durch die Verjährung um das seinige gekommen ist, und solches wieder zu erlangen sucht. Daher bittet er, daß die Verjährung ungiltig gemacht, und das verlorne ihm wieder zugestellet werde, ohngefähr mit diesen Worten: Seit mehr denn dreißig Jahren habe ich mich in der Gefangenschaft bei den Türcken aufhalten müssen; dahero ist es mir nicht möglich gewesen, mich meines Hauses anzunehmen: mithin ist es dem Beklagten in die Hände gerathen, und er hat solches in meiner Abwesenheit über die rechtsverwährte Zeit in Besitz gehabt. Da mir aber gleichwol hierbei nichts beigemessen werden kan, die Billigkeit hingegen erheischet, daß ich gegen dergleichen Usucapion restituiret, und nach geschehehener Rescission derselben zur abermaligen Erlangung meines eigenthümlichen Rechts gebracht werde: so ist mein gehorsamstes Suchen, mich gegen die nach dem strengen Recht vollbrachte Verjährung zu restituiren, und hierauf in Rechten zu erkennen, daß mir das Eigenthums-Recht an gedachtem Hause wircklich noch zukomme, und Beklagter dahero dasselbe mir mit allen Zubehör abzutreten schuldig sey. Die Befugniß, sich dieser Klage zu bedienen, währet gleichfalls vier auf einander folgende Jahre, welche a tempore scientiæ & impedimenti cessantis ihren Anfang nehmen. Da wir noch in der ersten Classe der actionum personalium, die sich auf eine natürliche Billigkeit gründen, begriffen sind, so kommt nunmehro fünftens condictio sine causſa zu betrachten vor. Solche Klage stehet einem Eigenthums-Herrn wider denjenigen zu, welcher dasjenige, was er ohne rechtmässige Ursache von uns im Besitz hat, wiederum herauszugeben verbunden ist. *cor. tit.* D. *de condict. sine causſa.* Der Grund von dieser Klage ist demnach, daß man sich auf die natürliche Billigkeit berufet, dasjenige wieder zu erlangen, was ein anderer sine titulo oder auf eine unrechtmässige Art von unsern Sachen an sich gebracht hat: da es denn gleichviel ist, ob er das unsrige noch besitzet, oder hat von Händen kommen lassen, L. 32. D. *de rebus creditis.* Man gehet aber mit dieser Klage schlechterdings auf die Auslieferung unserer Sache, ohne etwa der davon zu erlegenden Zinsen zu gedencken, und gebraucht sich in der Klag-Schrifft, da z. E. eine donatio

inter

inter coniuges vorgegangen iſt, L. 5. L. 6. *de Donat. inter vir. & uxor.* folgender Worte: Ich habe zwar vor ſechs Jahren meinem Manne ein Präſent von 1500. Thalern gemacht, und ihm ſolches Geld ſofort ausgezahlet. Weil aber nach deſſen Abſterben deſſen Anverwandte mit mir gar unbillig verfahren: ſo entſchlieſſe ich mich nunmehro ſolche 1500. Thaler ihnen wieder abzufordern. Sintemalen laut unſerer Rechte ſolche Schenckung nicht beſtehet, und mich deswegen nicht binden kan; weil mein ſeliger Mann gedachtes Geld von mir ohne allen Titul in Empfang genommen hat. Dannenhero iſt mein demüthiges Suchen, in Rechten zu erkennen, daß die Beklagten mir die *queſt.* 1500. Thaler nebſt allen verurſachten Unkoſten ſchlechterdings erſtatten müſſen. Dieſes iſt alſo ein Fall, da gleich im Anfang keine cauſſa oder iuſtus titulus, etwas an ſich zu nehmen, gefehlet hat. Da es aber wohl geſchehen kan, daß nachhero die rechtmäſſig geweſene Urſache, etwas an ſich zu behalten, verſchwindet; L. 1. & 2. D. *de condict. ſine cauſſa*; ſo würde man die Klage alſo abfaſſen müſſen: Ich habe vor ohngefähr vier Wochen von *Titio* ein Pferd gelehnet; und nachdem mir ſolches auf der Reiſe nach Berlin von ohngefähr entlauffen iſt, habe ich Beklagten daſſelbe mit 40. Thalern bezahlen müſſen. Da ich nunmehro aber Nachricht erhalten habe, daß er gedachtes Pferd ohne Entgeld wieder erhalten hat: ſo habe ich ihn in aller Güte um die Erſtattung des ausgezahlten Geldes erſuchet, aber nichts von ihm erhalten. Demnach es nun die gröſte Unbilligkeit ſeyn würde, wenn er die *queſt.* 40. Thaler an ſich behielte, die er nichts deſtoweniger mir nicht wieder auszuzahlen geſonnen iſt, als ꝛc. ꝛc. Sechſtens treffen wir auch in dieſer Claſſe actionem Paullianam an, vermittelſt welcher die creditores, dasjenige, was zu ihrem Nachtheil und Schaden von ihrem treu- und ehrloſen Schuldner heimtückiſcher Weiſe veräuſſert worden iſt, wiederum herbeizubringen ſuchen, davon wir aber ſchon oben (§. 1141.) zur Genüge gehandelt haben. Es kommen hiernächſt mit derſelben überein ſiebentens die actio Faviana und actio Calviſiana, die ihre Benennung von den Prætoribus, als ihren Urhebern, erhalten haben. Solche Klagen konten allemal von dem patrono angeſtellet werden, zu deſſen Tort und Nachtheil ein Freigelaſſener das ſeinige veräuſſert hatte, damit nemlich der Patron nach deren Ableben keine ſonderliche Verlaſſenſchafft von ihnen finden möchte (§. 112.) Der Patron ſtellte ſie wider einen jeden Beſitzer ſolcher veräuſſerter Sachen an, um dieſelben wiederum ausgeliefert zu bekommen, L. 1. §. 11. 12. D. *ſi quid in fraud. patron.* Der Unterſcheid dieſer beiden Klagen iſt eigentlich dieſer, daß jener zur Hand genommen werden

den konte, wenn der abgelebte libertus ein Testament hinterlassen hatte, und der Patron nach demselben von ihm erben wolte: diese aber, nemlich Calvisiana, von dem Patron alsdenn gebrauchet wurde, wenn er des Verstorbenen liberti Erbe war, ohne daß er von dem Freigelassenen ein Testament gefunden hatte. L. 1. §. 5. 6. L. 3. §. 3. D. *eod.*

§. 1155. Die andere Classe der actionum personalium enthält diejenigen Klagen in sich, welche unmittelbar aus einem bestimmten Gesätz wider eine Person herrühren. Ob nun gleich Reichs- Landes- und Städte Gesätze, sie mögen den Namen einer Verordnung, eines Edicti, Willkührs, und dergleichen führen, wie sie wollen, den Reichs-Ständen, Landes-Ständen, Unterthanen, Bürgern, und dergleichen, noch so viele Klagen wider ihre Beeinträchtiger an die Hand geben: so wird dennoch dergleichen Klage nicht anders, als condictio ex lege genannt. Diese einzige Benennung macht demnach die gantze Classe dieser Personal-Klagen aus. Dergleichen Klage nun hat allezeit statt, 1) wenn eine Verordnung eines neuen legis eine neue Verbindlichkeit oder Schuldigkeit eingeführet hat: ob gleich 2) solches neue Gesätz keine gewisse und besondere Klage anzeiget, vermittelst welcher man über solches sein Recht zu halten, und auf des andern Schuldigkeit zu dringen befugt ist. L. *un.* D. *de condict. ex lege.* Also ist z. E. donatio nach dem Römischen Recht eine blosse Abrede, aus welcher keine obligatio civilis, ob gleich naturalis, erwachsen konte; nichts desto weniger ist in L. 35. §. *ult.* D. *de donat.* die Verordnung getroffen worden, daß ein donator, welcher sich zu einem Geschenck durch seine Zusage anheischig gemacht hat, zur wircklichen tradition schlechterdings verbunden seyn soll. Da nun in besagtem L. 35. keine gewisse Klage ausdrücklich beniemet wird: so hat der donatarius wider den donantem auch keine andere Klage, als condictionem ex L. 35. §. *ult. Cod. de donat.* anzustellen. Auf gleichen Schlag gründet sich in unserm Rechts-Gebrauch die condictio ex moribus auf das Herkommen, oder auf die bisher beobachtete Observantz und Gewohnheit: wie nicht weniger die condictio ex canone ihren Grund in einem gewissen textu iuris canonici, welcher in unsern Gerichten auf- und angenommen ist, bekannter maassen zu haben pfleget. So ist z. E. bekannt, daß das Ius Canonicum den Eidschwüren eine neue Verbindlichkeit ertheilet hat, daß nemlich vermittelst derselben die an sich ungiltige Handlungen eine Giltigkeit überkommen, c. 2. *de pactis in* 6. c. 26. & 28. X. *de iureiur.* Wenn iemand z. E. über 5000. Solidos, ohne solche den Gerichten überliefert zu haben, aber mit Ablegung eines Eides, weggeschencket hat; solchen donatorem nun gereuet hernach seine Freigebigkeit, daß er seine Zusage nicht erfüllen will, so könte der donatarius wider denselben seine Klagschrifft folgendergestalt einrichten: Aus beigelegtem *Donations*-Schein erhellet, daß mir Herr *Titius* 5000. Reichs-

Thaler geſchencket, und ſolches Verſprechen mit einem Eidſchwur befeſtiget hat. Nun hätte ich zwar vermuthet, daß er ſeine Zuſage halten, und mir obgedachte 5000. Reichs-Thaler wircklich auszahlen würde: allein ich muß leider das Widerſpiel erfahren, indem er mir nicht mehr als 1500. Reichs-Thaler erleget hat, und dabei die Meinung heget, als wenn er zu Abzahlung des übrigen nicht gehalten wäre, weil nemlich keine gerichtliche *insinuation* bei ſolcher Schenckung vorgegangen ſey. Weil er aber dennoch ſolche mir gethane Schenckung mit einem cörperlichen Eidſchwur beſtättiget hat, als woraus nach *Canoni*ſchen Rechten eine ſtarcke *Obligation* entſpringet: ſo iſt mein gehorſamſtes Suchen, in Rechten zu erkennen und auszuſprechen, daß Beklagter mir den noch abzutragenden Reſt von den *queſt.* 5000. Reichs-Thalern abzutragen ſchuldig ſey. Eine gleiche Condiction findet ſich auch in unſerm iure civili, als welche eigentlich condictio ex lege genennet zu werden verdienet, da die vorhergehende Klage nur eine condictio ex canone iſt. Es kan nemlich ein donator wegen der Undanckbarkeit des donatarii die wircklich erfüllte Schenckung wieder zurück fordern, und dahero condictionem ex L. *ult. Cod. revoc. donat.* wider den donatarium anſtellen. In ſolchem Fall würde ein Kläger ſeine Klage mit dieſen Worten anzubringen haben: Ob ich gleich dem *Studioſo* Hildebrand viel Liebes-Bezeigungen erwieſen, und unter andern noch vor kurtzem 460. Thaler zum Geſchenck ausgezahlet habe; ſo hat er dennoch ſeine Undanckbarkeit gegen mich dergeſtalt an den Tag geleget, daß er nicht nur unglimpflich von mir geſprochen, ſondern auch, als ich ihm deswegen einen Verweiß geben wolte, den Degen gegen mich gezogen, und mich erbärmlich damit abgebürſtet hat. Da ich nun nach den Rechten die Befugniß habe, demſelben die geſchenckte 460. Thaler wieder abzufordern, er auch zu deren Erſtattung von wegen ſeiner groben Undanckbarkeit den Geſätzen nach ſchlechterdings verbunden iſt: ſo iſt meine gehorſamſte Bitte, in Rechten zu erkennen und auszuſprechen, daß Beklagter mir die gedachten 460. Thaler wieder zurück zu geben ſchuldig ſey. Gleichergeſtalt gründet man ſich bei einer condictione ex moribus auf eine hergebrachte Gewohnheit, als z. E. wenn man condictionem ex iure congrui, oder retractu gentilitio zu gebrauchen hätte. Ferner giebt es auch condictionem ex Evangelio, oder denunciationem Evangelicam, aus *Matth.* XVIII. als deren Urſprung und Nutzen der Hr. Geh. Rath THOMASIUS in einer eigenen *diſſertation*, wie auch der Herr Geh. Rath Böhmer in *Iure Eccleſ. Proteſt. Lib.* II. *Tit.* II. §. 6. ſeq. ſattſam abgehandelt haben.

§. 1156. 1159. In der dritten Claſſe der perſönlichen Klagen finden ſich

ſich diejenigen actiones, welche aus einem facto licito zu entſtehen pflegen. Es heißt aber factum licitum allhier nichts anders, als eine genommene Abrede. Eine genommene Abrede aber gründet ſich entweder auf das natürliche oder auf das bürgerliche Recht: davon jene pactum, dieſe aber contractus genennet wird. Ein contractus iſt entweder verus, oder quaſi contractus. Der contractus verus iſt wiederum nominatus vel innominatus. Der contractus nominatus begreifft viererlei Arten in ſich. Denn er iſt a) realis, b) verbalis, c) litteralis, d) conſenſualis. Dannenhero betrachten wir hier diejenigen Klagen, welche 1) ex pactis entſpringen. §. 1156. 1159. 2) Welche in contractibus veris nominatis gegründet ſind. §. 1160. 1163. 3) Welche auf den contractibus innominatis beruhen. §. 1164. 4) Welche ſich auf quaſi contractus gründen. §. 1165. Wenn wir alſo die perſönlichen Klagen, welche man wegen eines facti liciti anzuſtellen hat, in der erſten Abtheilung dieſer Claſſe vor uns nehmen und recht erkennen wollen, wie ſich dieſelben auf pacta gründen und beziehen: ſo iſt zu wiſſen, daß pacta entweder nuda oder non nuda genennet werden. Pacta nuda hatten bei den Römern keine bürgerliche Verbindlichkeit bei ſich, daß man daraus hätte eine Klage anſtellen können: aber man konte die genommene Abrede bei gegen uns angeſtellter Klage nur zur exception und Einwendung gebrauchen. Aber bei uns ſind alle pacta oder Verabredungen, die man mit andern aus gutem Bedacht eingegangen iſt, vollkommen giltig und verbindlich: mithin kan man auch in den pactis ſeine Klage gründen, falls der andere der genommenen Abrede zuwider handelt. Nun giebt es zwar unter den Rechtsgelehrten unterſchiedene Köpffe, welche dergleichen in den pactis gegründete Klagen bald actiones ex ſtipulatu, bald condictiones ex lege, bald auch condictiones ex moribus nennen, aber wir wollen uns um deren Benennung nicht bekümmern, da ſo gar auch die Klagen vor unſern Gerichten vorgetragen und abgethan werden, ohne daß man nach deren beſondern Namen zu fragen pflegt. Hiernächſt waren bei den Römern pacta non nuda ſolche Verabredungen, welche gleich den contractibus verbanden, und alſo auch eine Klage geſtatteten: weil dieſelben entweder von einem Geſätz, oder vom Prætore, oder auch von einem vorher geſchloſſenen Contrakt, mit welchem man ſie verknüpffet hatte, unterſtützet wurden. Und eben daher rühren die unterſchiedenen Benennungen, mit welchen man pacta nuda unterſcheidet. Denn es ſind ſolche entweder legitima, oder prætoria, oder adiecta. Aus den pactis legitimis entſtehet eben obgedachter maaſſen condictio ex lege, von welchen wir oben (§. 1155.) bereits gehandelt haben. Prætoria pacta aber ſind 1) hypotheca, 2) conſtituta pecunia, 3) iurisiurandi extraiudicialis delatio. Aus einer Hypothek oder Pfand-Verſchreibung, wie auch aus einem jeden Pfandſchaffts-Recht, die verpfändete Sache ſey, welche ſie nur wolle,

erwächſet die ſo genannte Hypotheken-Klage, welche auch quaſi Serviana genennet wird, und einem jeden creditori hypothecario zukömmt. Weil aber ſolche eine actio realis iſt: ſo haben wir von ihr ſchon oben (§. 1140.) das nöthige beigebracht. Daher ſcheinet nur noch ſo viel übrig zu ſeyn, daß wir ein Muſter von dieſer Klage anführen. Und weil ſich dieſelbe auf eine Unterpfands-Gerechtigkeit gründet: ſo wird ſie ohngefähr mit folgenden Worten abzufaſſen ſeyn: Aus beikommender *Obligation in copia* erhellet, welchermaaſſen ich *Caio* 600. Reichs-Thaler als ein Darlehn vorgeſchoſſen, und derſelbe mir zur Sicherheit zu ſolcher meiner Schuldforderung ſeinen in Glaucha gelegenen Garten gerichtlich verſchrieben hat, mithin mir auf ſolchen Garten die Unterpfands-Gerechtigkeit zukommt. Da nun dieſer Garten nachhero an *Sempronium* veräuſſert worden iſt, welcher auch denſelben für jego annoch beſitzet, und ich zeithero meine Bezahlung von *Caio* nicht habe erhalten können: ſo iſt meine gehorſamſte Bitte, in Rechten zu erkennen und auszuſprechen, daß mir an gedachtem Garten die Pfand-Gerechtigkeit zuſtehet, und Beklagter *Sempronius* mir denſelben ſo lange abzutreten ſchuldig ſey, bis ich wegen meines vorgeſtreckten Capitals und der annoch ſchuldigen Zinſen befriediget bin. Ob nun gleich nach L. 16. §. 3. D. *de pignor. & hypoth.* der wirckliche Beſitzer einer verpfändeten Sache, ohngeachtet man an ihm das vorgeſtreckte Capital nicht zu fordern hat, entweder nach erlegter Schuld-Forderung, oder wircklicher Abtretung des Unterpfandes zu abſolviren iſt: ſo ſtehet es dennoch dem creditori nicht frei, denſelben alternative zu belangen, gleichwie auch ſolche Art zu libelliren bei der actione Serviana obgedachter maaſſen nicht erlaubet iſt, indem ſonſt der Beſcheid ſeyn würde; daß die Klage auf die Art nicht ſtatt finde, wie man ſie angebracht habe. Man kan aber wider den Schuldner ſelbſt, ſo wol ex contractu, als auch ex hypotheca klagen: mithin kan auch wider dieſen die Klag-Schrifft alternative eingerichtet werden, wenn er nemlich die verpfändete Sache noch wircklich beſitzet, und die Abtretung derſelben keinen Beſchwerlichkeiten unterworffen iſt. Das zweite pactum prætorium iſt conſtituta pecunia, welches darin beſtehet, daß man ſich unterſchiedene mal entweder für ſich, oder für jemand anders eine Schuld-Forderung abzutragen anheiſchig gemacht hat. Nach dem iure civili konte man ſo wenig aus einem pacto reiterato, als wie aus einem ſimplici klagen: aber der Prætor hielt es für unanſtändig iteratam fidem zu brechen, und geſtattete wegen eines zu unterſchiednen malen gethanen Verſprechens die actionem de conſtituta pecunia, und zwar demjenigen, welchem zu gute ſolches Verſprechen geſchehen war. Solchemnach wird vermittelſt dieſer Klage der conſtituens oder deſſen Erben belanget, dasjenige abzutragen, was das Verſprechen im Munde führet.

§. 9.

§. 9. *Inſt. h. t.* Die Klag-Schrifft würde demnach folgender maaſſen einzurichten ſeyn: Aus beigehender Beſcheinigung iſt mit mehrerm zu erſehen, daß mir *Tarquinius* vor einiger Zeit dreißig Thaler geſchencket, nachmals aber mir an ſtatt ſolcher dreißig Thaler fünf zweiſpännige Fuder Holtz zu überſenden verſprochen hat; da aber ſolche Lieferung, ungeachtet ich deswegen ihn zum öfteern angelegen habe, weil er nunmehro zur ſelbigen *ex conſtituto* um deſto mehr verbunden iſt, nicht erfolget, er ſich auch darzu keinesweges verſtehen will: ſo bitte gehorſamſt ꝛc. daß Beklagter *Tarquinius* mir die *queſt.* fünf Fuder Holtz nebſt allen verurſachten Koſten einzuliefern ſchuldig ſey. Wir haben oben gehört, daß wegen einer jeden Abrede und Pačion eine Klage angeſtellet werden könne; folglich muß auch wegen einer wiederholten Abrede eine Klage ſtatt finden: mithin ſcheinet es nicht nöthig zu ſeyn, daß man ſich in der Klag-Schrifft ausdrücklich auf das vorgegangene conſtitutum beziehet. Allein wenn man ſich wahrſcheinlicher Weiſe auf eine ſolche Abrede berufen kan, wozu ſich ein Schuldner zu unterſchiedenen malen verſtanden hat, ſo hat man erſtlich dieſen Vortheil, daß der Beklagte nicht das geringſte vom dolo, Verſtellung, Furcht, Irrung, nicht geſchehener Bezahlung, unrechtmäßiger Schuld, und vorgegangener Uebereilung wider ſolche Klage vorſchützen kan, weil man aus der Wiederholung der Abrede vermuthet, es habe der Schuldner oder Beklagter ſein Wort mit gutem Vorbedacht und kräftigſter Willens-Meinung von ſich gegeben: zweitens ſtehet es dem Kläger anheim geſtellet, ob er die Klage auf die erſtere Abrede, oder auf das darauf erfolgte conſtitutum gründen will. Weil wir hiernächſt in der Erklärung eines conſtituti geſaget haben, daß man ſich auch für einen andern etwas abzutragen anheiſchig machen könne, ſo würde in ſolchem Fall das Klag-Libell dergeſtalt lauten: Es iſt *Titius* ſeit vielen Jahren meinem Vetter 300. Thaler als ein Darlehn ſchuldig geweſen, und weil mein Vetter darauf demſelben wegen abzutragender Bezahlung ſtarck zugeſetzet: ſo hat ſich der Herr *Smetius* endlich anheiſchig gemacht, daß, im Fall *Titius* meinem Vetter ſolche Schuld-Forderung innerhalb zwei Monaten nicht abtragen würde, er alsdenn gedachte 300. Thaler an mich zahlen wolle, worein auch mein Vetter verwilliget hat. Da nun *Titius* zu beſtimmter Zeit nicht gezahlet hat; ſo habe ich zwar *Smetium* deſſen erinnern laſſen, aber in Güte keinesweges erhalten können: da er doch augenſcheinlicher maaſſen hierzu *ex conſtituto* verbindlich worden iſt. Dieſemnach bitte ich gehorſamſt ꝛc. daß Beklagter die gedachten 300. Thaler nebſt dem *Intereſſe moræ* zu bezahlen ſchuldig ſey. Endlich gehöret zu den pactis prætoriis iurisiurandi extrajudicialis delatio, aus welcher die actio in factum ex iure iurando entſtund, die

demjenigen zukam, welcher auf des andern Antragen die habende Schuld-Forderung an denſelben mit einem auſſergerichtlichen Eid beſtärcket hatte. Sie wurde wider den Eides-Aufgeber zu dem Ende angeſtellet, daß er, als Beklagter, die beſchworne Forderung abtragen muſte, §. 11. *Inſt. h. t.* Da nun das ius civile einem iuramento voluntario delato ehedeſſen eben ſo wenig Krafft und Verbindlichkeit, als einem pacto nudo beigeleget hatte, L. 35. §. 1. D. *de iureiurando*, ſo ſtund der Prætor dem abgelegten Eide nachhero durch Bewilligung ſolcher Klage bei, und darauf wurde nicht mehr gefraget, ob der ſchwörende Kläger wircklich die Schuld-Forderung an Beklagten habe, ſondern ob die Ablegung des Eides in der That geſchehen ſey. Denn dem Beklagten war die Schuld-Forderung auf ſeine eigene Eides-Aufgebung von dem Kläger auf den Hals geſchworen worden: mithin war eine ordentliche transaction vorgegangen, welcher der Prætor beizuſtehen von der natürlichen Billigkeit veranlaſſet wurde, L. 2. L. 3. *princ.* L. 7. D. *de iureiurando.* Hieraus iſt leicht zu ſchlieſſen, daß, wenn im Gegentheil Beklagter geſchworen hat, und deſſen ungeachtet der Eides-Aufgeber denſelben belanget, jener die exceptionem iurisiurandi vor ſich habe, §. 4. *Inſt. de except.* L. 156. §. 1. D. *de Reg. Iur.* Wir ſchreiten nunmehro auch zu der dritten Art der pactorum non nudorum, nemlich zu den pactis adiectis, oder ſolchen Verabredungen, welche zu den contractibus bonæ fidei mit Einwilligung der Contrahenten gekommen ſind. Weil aber ſolche pacta mit den contractibus bonæ fidei in der genaueſten Verwandſchafft ſtehen, indem ſie ſich blos auf dieſelben gründen: ſo werden ſie auch derſelben Natur theilhafftig, ſo, daß ſie auch eben dieſelbe Klage zu wege bringen, welche aus ſolchen contractibus herkommet, welchen man ſie beigefüget hat. Wenn daher z. E. bei einem Kauff und Verkauff etwas beſonders verabredet worden iſt, das derjenige, welcher ſich dazu verbunden hat, in der Güte nicht leiſten will: ſo hat der Käuffer wider den Verkäuffer actionem emti. Auf gleiche Weiſe, wenn dergleichen bei einem pignori vorkommt, ergreiffet man actionem pignoratitiam.

§. 1160-1163. Dieſes iſt von denen Klagen, welche aus den pactis entſtehen, zu ſagen geweſen: und nunmehro müſſen wir diejenigen Klagen abhandeln, welche ſich auf die contractus veros gründen. Es ſind aber die contractus veri entweder nominati oder innominati (§. 779.) Contractus nominati ſind a) reales, b) verbales, c) litterales, d) conſenſuales. Was nun erſtlich die reales betrifft, ſo haben wir deren viere, nemlich mutuum, commodatum, depoſitum, pignus. Aus dem mutuo oder verbräuchlichem Darlehn entſtehet eine Klage, welche in den Römiſchen Rechten condictio certi ex mutuo oder actio mutui genennet wird, (§. 796.) L. 5. *Cod. quib. non obiic. long. temp. præſcript.* aus dem commodato aber entſpringet actio commodati directa & contraria (§. 803.). Aus dem depoſito die actio depoſiti directa & contraria,

contraria, und weil das sequestrum einige Aehnlichkeit des depositi bei sich führet: so haben wir auch dasselbe oben (§. 814.) gleich nach dem deposito mit abgehandelt, und dabei angemercket, daß die daher entstehende Klage actio sequestraria directa und contraria sey. Das pignus hiernächst führet bei sich actionem pignoratitiam directam & contrariam (§. 824). Die Art, hierüber eine Klag-Schrifft einzurichten, haben wir bey den §§ *phis* 1138. - 1140. beigebracht. Zweitens auch zu sagen, was contractus verbalis sey, und welche Klage daher entstehe, so ist zu mercken, daß Iustinianus nur einen eintzigen von den drei ehemals mündlichen Contrakten beibehalten habe: solche heist stipulatio, welche vermittelst einer mündlichen Anfrage und einer darauf erfolgten gehörigen Antwort zu Stande kam. Wozu sich nun durch solches Angelöbniß der Gefragte anheischig gemacht hatte, darzu konte er durch condictionem certi vel incerti ex stipulatu, wenn er sich das angelobte zu halten weigerte, angehalten werden (§. 834.). Drittens folget contractus litteralis, welcher gleichfalls nur von einerlei Art ist, und in einer Handschrifft bestehet, vermittelst welcher ein Schuldner seine Schuld eingestehet. Wenn nun solche Handschrifft über zwei Jahr alt ist: so stehet dem creditori wider den Handschrifts-Verfasser die condictio ex chirographo zu, welche wir oben (§. 894.) schon berühret haben. Viertens kommen endlich die contractus consensuales, welche wiederum fünf unterschiedene contractus enthalten, nemlich es gehöret hierher 1) emtio venditio, 2) locatio conductio, 3) emphyteusis, 4) societas, und 5) mandatum. Bei einem Kauff und Verkauff hat der Käuffer actionem emti, aber der Verkäuffer actionem venditi, welche alle beide actiones directæ sind (§. 912. sequ.) Bei der Miethe und Vermiethung, oder wie man den Contrakt auch bei Grund-Stücken zu nennen pflegt, Pacht und Verpachtung, hat der Vermiether oder Verpächter actionem locati, der Miethsmann aber oder Pächter actionem conducti, welche beide Klagen man ebenfalls actiones directas nennet (§. 937.). Aus dem Erbenzins-Contrakt oder der emphyteusi entstehet actio emphyteuticaria, welche sowol auf Seiten des Erben-Zins-Herrn, als auf Seiten des Erben-Zins-Manns directa ist (§. 939. sequ.) Bei geschlossener societate haben die socii wider einander die actionem pro socio, welche auf beiden Seiten directa ist, anzustellen (§. 951.). Aus einem mandato klaget der Vollmachtsgeber actione mandati directa, der Vollmachtsnehmer aber actione mandati contraria.

§. 1164. Wir wenden uns zu den contractibus innominatis, von welchen man gemeiniglich nur viererlei Arten hat: solche sind α) contractus do ut des, β) do ut facias, γ) facio ut des, δ) facio ut facias. Bei allen diesen Contrakten kan man sich mit einer eintzigen Klage helffen, und solche heißt actio in factum oder actio præscriptis verbis. Die Benennung der actionis

præ-

præſcriptis verbis rühret eigentlich daher: es hatte nemlich der Prætor wegen dieſer und dergleichen contractuum in ſeinem albo keine gewiſſe Vorſchrifft, vermittelſt welcher man zu Anbringung dieſer Klage angewieſen werden konte, geſetzet; deswegen muſte ſich der Kläger bey einem gewiſſen Rechtsgelehrten Raths erholen, welcher ihm denn die Worte zu Anbringung ſeiner Klage vorſchreiben muſte. Siehe davon BARN. BRISSONIVM *de formulis pop. Rom. lib.* V. p. 385. Es hält aber auch EMVNDVS MERILLIVS *lib. VIII. Obſervationum cap.* 16. dafür, es lieſſe ſich ex L. 1. *in fin.* D. *de præſcriptis verbis* gar wohl muthmaſſen, es rühre der Name dieſer Klage daher, weil die Contrahenten vor Errichtung eines ſolchen Contrakts die genommene Abrede ſchrifftlich einander hätten vorlegen müſſen, dabei ſie denn die actionem in factum mit angehänget hätten. Dem ſey nun wie ihm wolle, ſo läſſet ſich beides hören: genug wir wiſſen, daß die actio in factum oder præſcriptis verbis demjenigen zukomme, welcher von ſeiner Seiten den contractum entweder dando oder faciendo erfüllet hat. Er belanget vermittelſt dieſer Klage den, welcher ſich anheiſchig gemacht hat ad dandum vel faciendum, welches letztere Wort auch die Unterlaſſung eines gewiſſen Wercks oder Verrichtung zugleich mit enthält. Des Klägers Suchen hierbei beſtehet darin, daß Beklagter auch von ſeiner Seiten dem contractui ein Genüge leiſte, oder Klägern vergüte, ſo viel ihm daran gelegen iſt, L. 5. §. 1. D. *de præſcript. verb.*

§. 1165. Es folgen nunmehro der Ordnung nach die quaſi contractus, bei welchen es wiederum genug ſeyn mag, daß wir von den daraus entſpringenden Klagen nur ein kurtzes Verzeichnis machen: weil ſie alleſamt bereits gehörigen Orts abgehandelt worden ſind. 1) Negotiorum geſtio, aus welcher die actio negotiorum geſtorum directa und contraria entſpringet (§. 972.). 2) Tutela, woraus die actio tutelæ directa und contraria, erwächſet (§. 976.). 3) Hereditatis communio, bei welcher die actio familiæ erciſcundæ mixta & duplex vorkommt (§. 982). 4) Rerum communio, wegen welcher actio communi dividundo anzuſtellen iſt (§. 983.), welche ebenfalls mixta und duplex iſt. (§. 1127*.) 5) Hereditatis aditio, wegen welcher die actio perſonalis ex teſtamento ſtatt findet (§. 986.) 6) Indebiti ſolutio, wovon die condictio indebiti herrühret (§. 991.). 7) Receptio rerum a nautis, cauponibus, ſtabulariis facta, wovon die actio in factum de recepto entſtehet (§. 1121.). 8) Curatio funeris, welcher quaſi contractus eigentlich in die Digeſta gehöret, denn wenn jemand vor Antretung der Erbſchafft auf die Leichen-Beſtattung Koſten verwendet hat, ſo iſt ſolche Mühwaltung, da niemand deswegen eine Vollmacht gegeben hat, eigentlich nicht als ein mandatum anzuſehen. Ja da der Erbe noch nicht vorhanden iſt, und mithin des Erb-Laſſers Geſchäffte nicht

verrichtet

verrichtet werden kan; so fällt auch der Begriff von der negotiorum gestione hinweg. Aber der Prætor gestattete demjenigen, welcher die Kosten auf die Leiche verwendet hatte, entweder wider den Erben nach angetretener Erbschafft, oder wider denjenigen, welcher den Verstorbenen begraben zu lassen schuldig war, zu dem Ende actionem funerariam, damit ein solcher Leichen-Bestatter zu den ausgelegten Kosten wiederum gelangen möchte, L. 14. L. 15. D. *de religios.* GVTHERIVS *de iure manium.* KIRCHMANN. *de funer. Rom.* c. 20. Wir mercken hierbei, daß dergleichen Schuld-Forderung dergestalt privilegirt ist, daß, wenn ein concursus creditorum entstehet, die ausgelegten Leichen-Kosten gleich in der ersten Classe der Gläubiger vornan gesetzt zu werden pflegen, und also mithin vor allen Schulden zuerst entrichtet werden müssen, VINNIVS *ad* §. 28. *Inst. h. t.* Allein solche Klage gehet nur diejenigen an, welche die Leiche gar nichts angehet, z. E. Hauswirthe, Gastwirthe, u. d. m. Denn wenn ein Miterbe wegen ausgelegter Leichen-Kosten zu klagen gemüssiget wird: so kan er dieselben durch actionem familiæ erciscundæ wiederfordern. Und da es hier heisset, daß man wider diejenigen klagen könte, welchen die Schuldigkeit, den Verstorbenen zu begraben, obliget: so sind dadurch zu verstehen, α) welche der Erb-Lasser in dem hinterlassenen Testament dazu ernennet, und denen er zu Bestreitung der Leichen-Kosten ein gewisses Geld angewiesen hatte, L. 4. §. 12. D. *de Religiosis.* β) Die Erben L. 14. §. 17. D. *eod.* γ) Der hinterbliebene Ehemann, im Fall er nemlich die Mitgifft überkommen hat, L. 16. *seqq.* D. *eod.* δ) Der Vater, oder auch andere, welche für die Unterhaltung des Verstorbenen haben sorgen müssen. STRYK *Vsus Mod. Pand. Tit. de Religiosis,* §. 42. *seqq.* Solchemnach kan ein Leichen-Bestatter actionem funerariam folgendergestalt einrichten: Es hat sich vor einiger Zeit des Kaufmanns *Martini* Sohn, ein Kauf-Diener, Namens *Gerhard Martini*, in meinem Hause eingemiethet, und auf der ihm angewiesenen Stube so lange aufgehalten, bis er vor 4. Monat an einer plötzlichen Blutstürzung, aller dabei beobachteten Pflege, und behutsamen Wartung ungeachtet, endlich Todes verblichen ist. Da ich ihn nun nach unserer Landes-Art dessen Stande und Vermögen gemäß habe zur Erden bestatten lassen: so sendete ich zwar nicht lange darauf die Rechnung von den Leichen-Kosten, welche an die 60. Thaler betragen, und deren Verzeichnis sich hierbei *sub lit. A.* befindet, dessen Vater, als Beklagten, zu, mit dem Ersuchen, daß er mir, da er als Vater seinen Sohn zu begraben verbunden ist, solchen Aufwand wieder erstatten möchte, worauf ich aber vom Beklagten zur Antwort keine Zeile habe erlangen können. Diesemnach werde ich ge-

nöthiget, richterliche Hülffe zu ſuchen, mit der gehorſamſten Bitte, daß ein E. E. Rath in Rechten erkennen und ausſprechen wolle, was maaſſen Beklagter *Martini* die *liquidirte* ausgelegte Begräbniß-Koſten, nebſt dem *intereſſe moræ*, mir bei Vermeidung der Hülffe zu erſtatten, auch allen verurſachten Schaden zu vergüten ſchuldig ſey.

§. 1166 - 1171. Wir haben nunmehro noch die vierte Claſſe der perſönlichen Klagen vor uns zu nehmen übrig, welche nemlich aus einem facto illicito, oder aus einem Verbrechen und begangener Unthat entſpringen. Ein Verbrechen iſt entweder verum, oder quaſi delictum (§. 1034.). Unter jenem ſtehen erſtlich die in den Römiſchen Rechten bekannte vier Privat-Verbrechen, welcher wir bereits oben gedacht haben, nemlich 1) furtum, wobei die condictio furtiva, und actio furti anzuſtellen ſind, davon die erſtere nur actio rei perſequutoria, die andere aber actio pœnalis iſt (§. 1062. ſequ.). 2) Rapina, weswegen man zu Rom entweder die actionem furti manifeſti, oder actionem vi bonorum raptorum zur Hand nehmen konte (§. 1076). 3) Damnum iniuria datum, zu deſſen Erſtattung und Beſtraffung die actio legis Aquiliæ genutzet werden konte (§. 1087. ſeqq.). 4) Iniuria, daher die actio iniuriarum prætoria, wie auch criminalis perſequutio, und actio ex L. Cornelia de iniuriis geſtattet wurde, deren Beſchaffenheit und Unterſcheid bereits oben (§. 1102. ſeqq.) zur Genüge gezeiget worden ſind. Zweitens ſind hierher noch einige Verbrechen zu ziehen, welche nicht in den Inſtitutionibus, wohl aber in den Digeſtis abgehandelt werden, als 5) actio albi corrupti. Denn wenn jemand an des Prætoris albo oder Gerichts-Ordnung, welche öffentlich an einer bedingten Tafel oder Wand zu hängen pflegte, und worauf die edicta und formulæ actionum geſchrieben waren, etwas ausgekratzet, gelöſchet oder ſonſt unleſerlich gemachet hatte: ſo konte ein jeder von dem Volck wider den corruptorem auf 50. ſolidos aureos actionem de albo corrupto anſtellen, L. 7. princ. D. de iurisdict. darum heißt dieſe actio popularis. 6) Das Verbrechen desjenigen, der entweder als eine Obrigkeitliche Perſon ein ungewöhnliches und unbilliges Rechts-Urtheil jemanden zugeſprochen, oder auch, welcher ſolches von der Obrigkeit erhalten hatte. Wider dergleichen Perſon hatte man actionem in factum, vermittelſt welcher man ihn zwang und nöthigte, ſich eben dergleichen Rechts zu bedienen. Solches war nichts anders als ein ius talionis, welches die Aufſchrifft des *Tit. D. quod quisque iuris in alterum ſtatuerit, ut ipſe eodem utatur* unvergleichlich ausdrücket. 7) Das Verbrechen deſſen, welcher dem Urtheil des Richters keine Folge geleiſtet, d. i. der das Urtheil nicht hat zur Vollſtreckung kommen laſſen, oder ſich der Ausführung deſſelben gantz und gar widerſetzet hatte: und wider einen ſolchen hatte die actio in factum ſtatt, durch welche er

id id, quod interest angehalten wurde, L. *un.* D. *si quis ius dic. non obtemp.* 8) Das Verbrechen derer, die eine Person, welche ein Kläger vor den Prætorem führen wolte, aus des Klägers Händen entrissen hatten: solche belangte man mit der actione in factum auf soviel, als der Kläger die Sache schätzete, L. 5. § 2. D. *ne quis eum qui in ius voc.* etc. c) Das Verbrechen dessen, welcher aus boßhafften Vorsatz, z. E. vermittelst einer errichteten traurigen Nachricht, jemanden hinderlich gewesen war, daß er sich nicht in den Gerichten hatte stellen können; und wider einen solchen gestattete man actionem in factum in id, quod intererat, L. 3. *princ.* D. *de eo, per quem fact. erit. etc.* 10) Calumnia, welcher Unthat sich diejenigen schuldig machen, die sich haben mit Gelde bestechen lassen, daß sie jemanden ohne Ursach und unschuldiger Weise durch Anstellung eines vom Zaun gebrochenen Processes zur Last fallen, oder welcher sich etwas zu dessen Unterlassung von den Beklagten hatte versprechen lassen. Wider diese wurde actio in factum de calumniatoribus angestellet, und zwar, wenn man vor Verlauf des Jahres diese Klage zur Hand nahm, so ging man auf eine vierfache, nach solcher Zeit aber nur auf die einfache Ersetzung desjenigen Geldes, womit sich der Beklagte hatte bestechen lassen, L. 1. *princ.* D. *de Calumniatoribus.* 11) Das Verbrechen desjenigen, welcher auf eine schändliche Art etwas angenommen hat. Hierbei aber muß man einen guten Unterscheid treffen. Denn wenn die Schande auf den Geber hafftet, so hat er keine Hofnung, etwas wiederum zu erhalten; und wenn Nehmer und Geber in gleicher Schande stecken, so kan auch keiner von beiden etwas wieder zurück fordern, weil in pari caussa melior est conditio possidentis: hingegen wäre die Schande nur auf Seiten des Annehmers, so stünde alsdenn dem Geber die condictio ob turpem caussam wider denjenigen zu, welcher zu Unterlassung seines boßhafften Beginnens etwas angenommen hat, und durch solche Klage zur Erstattung der angenommenen Sache angehalten wird (§. 992.). 12) Das Verbrechen desjenigen, welcher eines andern Knecht zu einer unrechtmäßigen That oder Verbrechen verführet hat; denn das Wort corrumpere deutet so viel an, als einen schlimmer machen, und zur Untugend verführen, z. E. wenn jemand einen Knecht zum Ausreissen übertredet, oder ihn zum Diebstahl verleitet. Wider einen solchen Verführer hatte der Herr des verführten Knechts actionem de servo corrupto, vermittelst welcher Klage derselbe dasjenige doppelt zu erstatten angehalten wurde, so viel wohlfeiler der Knecht durch solche Verführung worden war §. 23. *Inst. h. t.* Ja es hatte solche Klage auch wider denjenigen statt, von welchen sich ein Knecht noch nicht hatte verführen lassen, obgleich desselben Mühwaltung und Zureden bei dem Knechte vergeblich gewesen war, §. 8. *Inst. de Oblig. quæ ex del. nasc.*

13) Das Verbrechen eines Abmeſſers, welcher das Maaß von jemandes Grund-Stück unrecht und falſch angegeben hatte. Denn weil ſolche Ausmeſſer weder Gelehrte, noch Ungelehrte waren, ſo ſchien die Mühwaltung derſelben nicht gantz und gar illiberal oder ungelehrt zu ſeyn; deswegen ſchickte es ſich nicht, um derentwillen actionem locati anzuſtellen, welche ſich allein auf operas illiberales paſſete. Darum geſtattete der Prætor actionem in factum ad id, quod intereſt, d. i. der Beklagte wurde angehalten, den durch ſolche falſche Angebung des Maaſſes verurſachten Schaden wiederum gut zu thun, L. 1. *princ.* L. 3. §. 1. L. 5. §. 1. D. *Si menſor falſ. mod. dix.* 14) Res amotæ, welches Verbrechen den Eheleuten eigen war, und abſonderlich von einer Ehefrau begangen wurde, wenn ſie bei bevorſtehender Eheſcheidung ihrem Manne etwas heimlich entwendet hatte, weswegen dieſer wider dieſelbe actionem rerum amotarum zu dem Ende anſtellen konte, daß ſie das Entwandte wieder herbei bringen muſte, wovon wir oben (§. 1044.) bereits ein mehreres gehandelt haben. 15) Delictum de ſuſpectis tutoribus, davon man oben (§. 302.) nachzuſehen hat. 16) Die actio de diſtrahendis rationibus, welche wir gleichfalls oben (§. 263.) ſchon abgehandelt haben. So viel iſt von den delictis veris zu ſagen geweſen, was nemlich die daraus entſpringenden Klagen anbetrifft: aus den quaſi delictis aber insgeſamt entſpringet nur die eintzige actio in factum, wiewol ſie in Anſehung der unterſchiedenen quaſi delictorum auch unterſchiedene Beinamen bekömmet. Denn ſo hat man actionem in factum *contra iudicem, litem ſuam facientem*, actionem in factum *de effuſis & deiectis*, actionem in factum *de poſito & ſuſpenſo*, actionem in factum *adverſus nautas, cauponas & ſtabularios*, von deren jeglicher wir beſonders oben gehandelt haben (§. 1113. 1115. 1118. 1122.)

§. 1172. 1174. Wir haben ſolchemnach hiermit die erſte Abtheilung der rechtlichen Klagen zu Ende gebracht, nach welcher die actiones entweder reales oder perſonales genennet werden: wir ſchreiten dahero zu der zweiten Abtheilung derſelben, in welcher diejenigen Klagen enthalten ſind, welche 1) rei perſequutoriæ, 2) pœnales, und 3) mixtæ genennet werden. 1) Rei perſequutoriæ heiſſen diejenigen Klagen, worinn derjenige welcher man nur auf dasjenige klaget, was man uns ſchuldig iſt, oder was uns an unſerer Habſeligkeit fehlet. Dergleichen ſind a) alle Real-Klagen (§. 1128. 1144.) b) Diejenigen Klagen, welche ſich auf eine natürliche Billigkeit, auf eine genommene Abrede und geſchloſſene Contrakte gründet, (§. 1166. ſeq.) wovon wir aber die actionem depoſiti miſerabilis ausnehmen müſſen, weil ſie, im Fall der depoſitarius das depoſitum miſerabile boßhaffter Weiſe verläugnet, zur doppelten Er-

Erſtattung deſſelben gebrauchet wird, und mithin zugleich actio pœnalis iſt, (§. 812.) §. 17. *Inſt. h. t.* c) Die aus den delictis entſtehende Klagen, welche blos auf die Erſetzung der entwandten Sache gehen, nemlich condictio rei furtivæ (§. 1062), und actio rerum amotarum (§. 1044) L. 7. §. 1. 2. D. *de condict. furt.* L. 25. §. 2. D. *rerum amotarum.* 2) Pœnales heißt man diejenigen Klagen, durch welche man nur eine Straffe zu erlangen ſuchet. Solcher giebt es nicht allzu viel: und ſie entſtehen blos ex delictis. Inſonderheit gehören hierher α) actio furti (§. 1063), β) actiones iniuriarum (§. 1102), γ) actio de albo corrupto (§. 1168), und endlich δ) actio de effuſis & deiectis, wenn nemlich ein freier Menſch dadurch um ſein Leben kommen war (§. 1115.) 3) Mixtas actiones nennet man, vermittelſt welcher wir auf diejenige Sache, welche an unſerer Habſeligkeit fehlet, und zugleich auf eine Straffe klagen. Dergleichen ſind a) actio depoſiti miſerabilis, wodurch wir eine zweifache Erſtattung erlangen, und in welcher nicht allein die Sache ſelbſt, ſondern auch die Straffe zugleich mit enthalten iſt (§. 812.). b) Actio de legatis, venerabilibus locis relictis, ſc. ad pias cauſſas. Wenn ein Erbe ſich entweder zu Auszahlung eines ſolchen Vermächtniſſes zu milden Sachen nicht verſtehen will, oder mit Willen zaudert und ſäumig iſt, daß die Auszahlung deſſelben nicht zu rechter Zeit geſchiehet: ſo wird ihm die doppelte Erſtattung deſſelben auferleget, worinnen nicht nur das Vermächtniß, ſondern auch eine Straffe geſetzet iſt. §. 19. *Inſt. h. t.* c) Alle andere Klagen, welche ſowol ex veris delictis, als quaſi delictis entſtehen (§. 1166. ſequ.). Im übrigen haben wir unterſchiedene Umſtände bei dieſen Klagen zu mercken, wodurch ſie ſich von einander unterſcheiden. Denn 1) ſind die actiones rei perſequutoriæ insgeſammt perpetuæ, d. i. die Befugniß, ſie anzuſtellen, währet 30. gantzer Jahr, oder wenigſtens tempus longum, wenn ſie nemlich Real-Klagen ſind. Aber actiones pœnales und mixtæ können nur innerhalb 30. Jahren noch angeſtellet werden, wenn ſie ihren Urſprung aus dem alten Römiſchen bürgerlichen Recht herleiten; keinesweges aber, da ſie aus einem edicto prætoris entſtanden ſind: Denn ſolche verlieren ſich ordentlicher Weiſe mit dem Verlauf eines Jahres. 2) Die actiones rei perſequutoriæ, obgleich bei denſelben eine vorſetzliche Boßheit mit berühret wird, machen ordentlicher Weiſe den Beklagten nicht infam L. 36. D. *de Oblig. & Action.* wovon wir aber die vier Contrakte auszunehmen haben, davon oben (§. 785) Erwehnung geſchehen iſt. Hergegen infamiren die meiſten actiones pœnales und mixtæ.

§. 1175 - 1180. Hiernächſt hat man drittens diejenigen Klagen beſonders abzutheilen, welche theils auf das ſimplum, theils auf das duplum, theils aber auch auf das triplum und quadruplum gehen. §. 21. *Inſt. h. t.*

Denn weiter ging man zu Rom in den Geld-Straffen nach den Rechten niemals. Zwar trug es sich zuweilen zu, daß der fiscus einem Missethäter alle Güter einzog, z. E. wenn jemand eine Landes-Verrätherei oder das Verbrechen der beleidigten Majestät begangen hatte: allein wir reden allhier nicht von den iudiciis publicis, sondern von den Privat-Klagen, als von welchen gedachter Lehr-Satz seine Richtigkeit hat. Diejenigen Klagen nun, vermittelst welchen man 1) das simplum zu erlangen suchte, sind a) alle actiones rei persequutoriæ, weil man durch dieselben keinen Gewinn suchet, sondern sie nur deswegen anstellt, damit man keinen Verlust leide, und schadlos gehalten werde, mithin muß man mit der einfachen Erstattung zufrieden seyn. Das Verzeichnis dieser Klagen haben wir oben (§. 1173.) bereits gegeben. b) Einige actiones pœnales mixtæ annuæ, welche zwar, wenn sie innerhalb den gesetzten Jahre angestellet wurden, eine viersache oder doppelte Erstattung auswirckten, aber nach verflossenen Jahre nur das simplum zuwege brachten (§. 1169. VI.) Eine solche Beschaffenheit hatte es mit der actione vi bonorum raptorum (§. 1076.) mit der actione quod metus causa (§. 1151.), und mit der actione de calumniatoribus (§. 1169.) 2) Die actiones in duplum waren hiernächst zweierlei. Denn entweder konte man gleich anfangs auf die doppelte Erstattung klagen, oder erst alsdenn, wenn die abgeforderte Sache abgeläugnet wurde, oder der Besitzer mit Herausgebung derselben säumig war: als in welchen letztern Fall es bei den Römern hieß, quod lis inficiando aut mora crescat. Von der erstern Gattung sind die actiones furti nec manifesti (§. 1058.), servi corrupti (§. 1169. VIII.), de distrahendis rationibus (§. 263); aber die von der andern Gattung sind actio ex L. Aquilia (§. 1093.), actio depositi miserabilis (§. 812.), und actio de legatis, locis venerabilibus vel ecclesiæ relictis (§. 1174). 3) In triplum findet man in dem Corpore iuris civilis nur eine einzige Klage, welche wider denjenigen gestattet wurde, der auf einen allzugrossen Werth in seiner Klagschrifft gedrungen hatte, und zwar hauptsächlich zu dem Ende, ut viatores, id est, exsequutores litium ampliorem summam sportularum nomine a reo exigerent. Welche Worte §. 24. *Inst. h. t.* befindlich sind. THEOPHILI *Paraphr. Inst.* §. 24. 4) In quadruplum wurden ebenermaassen einige Klagen gestattet, und zwar entweder gleich anfangs, oder nachhero wegen des Beklagten Ungehorsam. Von der ersten Art sind actio furti manifesti (§. 1058.), actio in factum de calumniatoribus (§. 1169. VI.), actio vi bonorum raptorum (§. 1076.), und die condictio, welche wider die exsequutores litium, wenn sie sportularum nomine allzu viel gefordert hatten, gestattet wurde. §. 25. *Inst. h. t.* Von der andern Gattung ist actio quod metus causa, welche anfangs nur soviel zuwege brachte, daß der Richter die durch Gewaltthätigkeit,

Furcht

Furcht und Schrecken abgedrungene Sache wieder herstellen ließ; wenn aber der Beklagte diesem richterlichen Bescheid keine Folge leistete: so wurde er zu der viersachen Erstattung genöthiget. (§. 1151.) §. 27. *Inst. h. t.* L. 14. §. 1. D. *quod met. cauſſ.* Bei dem allen mercken wir, daß diese Eintheilung der rechtlichen Klagen in unsern Teutschen Rechts-Gebrauch wenig oder doch gar keinen Nutzen habe, theils, weil die Landes-Ordnungen und Willkühre die Geld-Straffen gemeiniglich auf etwas gewisses bestimmen, theils, weil nach den Herkommen der Landes-Verfassung solche Straffen den Klägern selten anheim fallen, der fiscus aber, oder der Richter insgemein solche Straff-Gelder einzustreichen pfleget.

§. 1181-1191. Nunmehro trifft die Ordnung auch die **vierte Eintheilung** der rechtlichen Klagen. Nach derselben sind die actiones entweder bonæ fidei, oder ſtricti iuris, oder auch arbitrariæ. Demnach wollen wir hierbei sehen, 1) wo solcher Unterscheid seinen Ursprung herleite. §. 1181-1184. 2) Was für einer Eigenschafft und Natur solche Klagen seyn. §. 1185. 3) Welche Klagen eigentlich bonæ fidei, ſtricti iuris und arbitrariæ genennet werden. §. 1186-1189. 4) Wie sie ihrer Wirckung nach unterschieden seyn. §. 1190-1192. 5) Kommt ein Anhang de pluris petitione. §. 1193-1196. Erstlich was den Ursprung dieses Unterscheids betrifft, so muß man solchen von der alten Art zu procelliren herleiten. Und da finden wir, daß die obrigkeitlichen Personen zu Rom nicht den gantzen Proceß selbst und in Person zu regieren und abzuwarten pflegten; sondern, wenn die vocatio in ius geschehen war, so wurde vor ihrem Richter-Stuhl das vadimonium bestellet, und in Richtigkeit gebracht, nemlich der Beklagte muste Caution machen, daß er sich auf einem gewissen und bestimmten Tag wiederum vor Gerichte einfinden wolle, oder nach Römischer Art zu reden: ſe perendie adfuturum. S. unsere *Antiquitates Romanas ad Inſtit.* §. 20. *h. t.* Nachdem nun solcher Tag erschienen war, so lud der Gerichts-Frohn oder Herold den Beklagten mit lauter Stimme vor Gerichte, erschien der Beklagte, so stellete der Kläger in dessen Gegenwart die Klage mit der gebrauchmäßigen Redens-Art oder gewöhnlichen Klag-Worten wider ihn an, und sagte z. E. *Aio, te mihi debere centum ex mutuo.* Hierauf hieß des Beklagten Antwort: *Et ego nego, niſi quod ex SCto Macedoniano filius familias non tenetur.* Hierauf hieß des Klägers Replik folgender maassen: *At ego ſcio, te quum tui iuris eſſes, huic exceptioni renunciaſſe.* Des Beklagten Duplik lautete darauf also: *Et ego me renunciaſſe nego.* Solchergestalt sahe der Prætor die Befugnisse und Gerechtsame der klagbaren Theile alsobald ein, und was bei dem gantzen Proceß zu thun wäre. Weil es nun einzig und allein darauf ankam, zu sehen, ob nemlich der Beklagte der Einwendung des SCti Macedoniani wircklich entsaget habe, und dieses eine

quæſtio

quæstio facti war; so war nichts mehr übrig, als daß man eine Untersuchung solcher vorgegebenen Wahrheit anstellete. Allein damit machte sich der Prætor nichts zu thun; sondern er erforderte einen in den Rechten erfahrnen Mann, welcher die Zeugen darüber abhören, und nach derselben Aussage das Urtheil einrichten muste: und solcher hieß bei den negotiis stricti iuris *iudex*, bei den negotiis bonæ fidei aber *arbiter*. Aber in unserm Corpore iuris civilis werden solche Männer ohne Unterscheid iudices pedanei genannt; weil dieselben ihren Bescheid nicht auf einem Gerichts Stuhle, wie der Prætor, sondern in dem niedrigen Gestühle, welches unten an des Prætoris hohen Gerichts-Stuhle befindlich war, von sich gaben, und dem Prætori, zu dessen Füssen sie gleichsam sassen, mithin solche Benennung zu dancken hatten. Gantz vortreflich haben hiervon gehandelt POLLETVS *in Historia fori Romani.* GERHARD NOODT *de iurisdict. lib.* I. c. 8. und CAROLVS BRETVS *de ordine iudiciorum per antiquo cap.* 12. p. 30. *cap.* 19. p. 53. Damit aber doch dergleichen iudices bei Abfassung des Bescheides ihrem freien Willkühr nicht gäntzlich folgen möchten, so schrieb ihnen der Prætor eine gewisse Formul vor: und solche war auf dreierlei Art eingerichtet. Denn 1) bestimmte er ausdrücklich eine gewisse Summe, zu deren Erlegung der Beklagte durch den richterlichen Bescheid angehalten werden solte, z. E. *Si paret*, d. i. wenn aus dem Beweiß erhellet, *Titium Mevio debere centum, et Titium exceptioni Senatusconsulti Macedoniani renunciasse, tu illum in centum condemna.* War dieses geschehen, so hieß die actio stricti iuris, und der iudex war an die gegebene Formul so genau gebunden, daß er ausser der gedachten hundert in seinem Bescheide weder auf die Erlegung der Zinse, noch Erstattung der Früchte und Nutzungen, noch auch auf die Gutthuung der Unkosten erkennen mochte; oder 2) der Prætor bestimmte keine gewisse Summe ausdrücklich, sondern ließ es dem iudici frei, nach Recht und Billigkeit den Bescheid abzufassen; und in solchem Fall schrieb ihm der Prætor nur diese Formul vor: *Si paret, Titium Mevio exemto debere, tu illum, quantum ex fide bona, illum dare oportebit, in tantum condemna.* Bei der actione rei uxoriæ schrieb der Prætor statt der Worte ex bona fide diese Redens-Art vor: *Quantum æquius melius*, und bei der Klage ex contractu fiduciæ veteri (§. 195.) gebrauchte er sich der Worte: *Vt inter bonos bene agier oportet.* Wenn nun des Prætoris vorgeschriebene Formel solcher maassen vorgeschrieben war: so hieß die Klage actio bonæ fidei, und der iudex war befugt, ausser der schuldigen Summe, in seinem Bescheide auch auf Zinsen, Nutzungen, Ersetzung des Schadens, u. d. m. zu erkennen. 3) Oder der Prætor bestimmte in seiner Formel zwei gewisse Fälle, und befahl im ersten Fall dem iudici, daß er den Beklagten in dem zu gebenden Bescheide zur Ersetzung anhalten solte: andernfalls, wenn der Beklagte keine Folge leistete, und sich nicht zu der Ersetzung ver-

verſtehen wolte, gab er dem iudici freie Gewalt, den Kläger auch zu mehrer Erſtattung anzuhalten. Deswegen enthielt des Prætoris gegebene Formel dieſe Worte: *Si paret, Titium Mevio vi & metu extorſiſſe centum, illos reſtitui iube: quod ſi arbitrio tuo non reſtituet, in quadruplum condemna.* Und in ſolchen Fällen hieß die Klage actio arbitraria: weil erſtlich der iudex nach ſeinem Gutdünken ſetzen konte, wie viel der Beklagte erſtatten müſſe, und zweitens, wenn ſolchem arbitrio der Beklagte nicht nachkam, er die Freiheit hatte, ſelbigen noch zu etwas mehrern zu nöthigen und anzuhalten. Zwar war das mehrere nicht allezeit auf ein quadruplum angeſehen, ſondern es kam bisweilen auf des Klägers iuramentum in litem an. Aus dieſem allem nun iſt gar leicht wahrzunehmen, daß der Urſprung des gantzen Unterſcheids der rechtlichen Klage von den unterſchiedenen formulis hergeleitet werden müſſe, die der Prætor bei Beſtellung eines iudicis pedanei oder arbitri gebrauchet hat. Zweitens wird ſolchemnach auch gar leicht zu ſagen ſeyn, worinn eine jede Klage eigentlich beſtehe, und davon werden uns die Erklärungen von einer jeglichen inſonderheit Nachricht geben. Nemlich eine *actio ſtricti iuris* wird diejenige Klage genennet, bei welcher die Befugniß des iudicis pedanei an die von dem Prætore vorgeſchriebene Formel ſo genau gebunden war, daß derſelbe in ſeinem Beſcheide nichts über die gewiſſe beſtimmte Summe zuerkennen mochte, L. 99. D. *de Verb. Oblig.* Aber actio bonæ fidei iſt eine ſolche Klage, bei welchem dem iudici pedaneo oder arbitro erlaubt iſt, in ſeinem Beſcheide nach Recht und Billigkeit zu beſtimmen, wie viel einer dem andern billiger maaſſen zu erſtatten oder zu leiſten habe. §. 30. *Inſt. h. t.* Actio arbitraria wird diejenige Klage genennet, bei welcher der iudex pedaneus oder arbiter anfangs nach Recht und Billigkeit beſtimmen kan, wie viel der Beklagte zu erſetzen ſchuldig ſey, nachhero aber denſelben, falls er ihm keine Folge leiſtet, wegen ſeines Ungehorſams zu Erſtattung etwas mehrern anzuhalten befugt iſt, daß Beklagter z. E. das quadruplum, oder ſo viel der Kläger per iuramentum in litem erhärten kan, auszahlen muß. THEOPHILVS *in Paraphr.* §. 31. *Inſt. h. t.* Drittens aber wird ferner gefraget, welche Klagen eigentlich bonæ fidei, oder ſtricti iuris, oder arbitrariæ inſonderheit ſeynd, ob es bei dem Prætore geſtanden habe, dem iudici pedaneo die erſte, oder die andere, oder die dritte Formel vorzuſchreiben? Antwort: Keinesweges, ſondern er beobachtete in ſolchen Fällen gewiſſe Regeln, oder vernünftige Geſätze, und dieſe waren folgende: a) So oft eine Klage aus einem einſeitigen Contrakt entſtund, ſo oft war dieſelbe ſtricti iuris, z. E. die actiones ex mutuo, ex ſtipulatu, ex chirographo, ex debito, ex teſtamento, ſind alle ſtricti iuris, weil ſie ſich auf ſolche Contrakte gründen, in welchen die Verbindlichkeit, etwas zu leiſten oder zu zahlen, nur einſeitig iſt. b) So oft eine Klage aus einem zweiſeitigen Contrakte

entſtehet, da nemlich die Contrahenten alle beide einander etwas zu zahlen, zu thun, oder zu leiſten ſchuldig ſind, ſo oft iſt ſolche Klage eine actio bonæ fidei, und von denſelben findet ſich das Verzeichniß in dem §. 28 *Inſt. h. t.* (§. 1186.) Zu welchem wir aber noch die actionem funerariam hinzufügen, indem dieſelbe mit unter der negotiorum geſtione begriffen iſt. c) Von den actionibus arbitrariis kan man keine gewiſſe Regel angeben, welche etwa der Prætor bei Vorſchreibung der Formul beobachtet haben mag: es giebt aber auch nur wenige actiones arbitrarias, nemlich es ſind deren nur zehen, α) actio quod metus cauſa (§. 1151). β) Die actiones reales, von welchen wir aber hereditatis petitionem auszunehmen haben (§. 1128. 1186). γ) Die actio de dolo (§. 1152). δ) Die actio ad exhibendum. §. 31. *Inſt. h. t.* ε) Die actio de eo, quod certo loco. ζ) Die actio redhibitoria. η) Die actio finium regundorum. L. 4. §. 2. 3. L. 7. D. *fin. reg.* & L. 22. D. *de rei vindicat.* ϑ) Die actio Paulliana, arg. L. 8. L. 10. §. 20. D. *quæ in fraud. credit.* ι) Die actiones Fauiana und Caluiſiana, L. 1. §. 11. 12. 26. *ult.* D. *quæ in fraud. patron.* κ) Die actio rerum amotarum (§. 1044.) L. 8. §. 1. D. *de act. rer. amotarum.* Was nun unter dieſen Klagen inſonderheit von der actione de eo, quod certo loco zu ſagen iſt, ſo mercken wir, daß vermittelſt derſelben derjenige klaget, welchem, genommener Abrede nach, an einem gewiſſen Orte etwas hat gelieffert oder ausgezahlet werden ſollen; aber weil ſolches nicht geſchehen iſt, ſo belanget er denjenigen, welcher das Verſprechen nicht gehalten hat, auf ſo viel, als ihm daran gelegen iſt. Und mit dieſer Klage kommt einiger maaſſen die condictio triticiaria überein, welche alsdenn ſtatt findet, wenn jemand eine verbräuchliche Sache, das Geld aber davon ausgenommen, nicht zu der beſtimmten Zeit eingeſendet und gelieffert hat: weil ſie auch den Beklagten darzu anhält, was dem Kläger an der Liefferung ſelbſt gelegen iſt. Wenn dannenhero die actio de eo, quod certo loco anzuſtellen wäre; ſo würde man dieſelbe folgender maaſſen abfaſſen müſſen: Aus beigehender Beſcheinigung *ſub. Lit. A.* iſt zu erſehen, daß mir *Titius* 2000. Reichs-Thaler, für die ihm gelieferten Waaren an der verwichenen Oſter-Meſſe 1736. in Braunſchweig zu erlegen ſchuldig geweſen iſt. Nun habe ich mich zwar daſelbſt eingeſtellet, in der Hofnung, ſolche Zahlung zu überkommen: allein Beklagter iſt nicht nur ſelbſt auſſen geblieben, ſondern ich habe auch von niemanden auf ſeine Ordre etwas erhalten. Dannenhero werde ich allhier in Leipzig denſelben, als in dem *foro* ſeines *domicilii*, rechtlich zu belangen nunmehro gemüßiget. Und da mir durch ſolche nicht geſchehene Abzahlung unterſchiedener Schaden, wie das Verzeichniß davon *ſub Lit. B.* bezeuget, zugeſtoſſen und erwachſen iſt, zu deſſen Vergütung er nach natürlicher Billigkeit allerdings angehalten werden kan; ſo hat er ſich

dennoch

dennoch zu nichts verſtehen wollen. Dieſemnach bitte ich gehorſamſt, in Rechten zu erkennen und auszuſprechen, daß Beklagter *Titius* mir die *quæſt.* 2000. Reichs-Thaler, nebſt dem in der Beilage *ſub Lit. B.* angegebenen Intereſſe allhier auszuzahlen ſchuldig ſey. Faſt auf gleiche Weiſe muß auch bei der condictione triticiaria das Klag-Libell eingerichtet werden: nur hat der Concipient deſſelben zu beobachten, daß dem Kläger der ſpecificirte Schaden daher zugewachſen ſey: weil Beklagter die Waaren, oder andere res fungibiles, worunter aber das Geld nicht begriffen iſt, nicht zu der beſtimmten Zeit überlieffert und eingeſendet hat. Eine einzige gantz beſondere Klage aber, nemlich die actio ex ſtipulatu de dote iſt noch abzuhandeln übrig. Solche hat der Keiſer *Juſtinianus* ſelbſt erfunden, *L. un. Cod. de rei uxoriæ actione*, §. 29. *Inſt. h. t.* Mit derſelben hat es eine gantz eigene Bewandniß. Es hatte nemlich vor Zeiten eine Ehefrau, welcher entweder der Tod ihren Ehemann entriſſen, oder welche der Ehemann von ſich geſtoſſen hatte, actionem rei uxoriæ, im erſtern Fall, wider deſſen Erben, andernfalls aber wider den Ehemann ſelbſt anzuſtellen, vermittelſt welcher ſie ſo wohl ihre Mitgifft, als auch die donationem propter nuptias, und andere Forderungen, welche man ihr laut der pactorum dotalium ſchuldig war, zu überkommen ſuchte. Dieſes war eine actio bonæ fidei, und überdem noch dermaſſen privilegiret, daß eine ſolche Ehefrau als Klägerin allen andern Gläubigern vorgezogen werden muſte. Allein der Keiſer *Juſtinianus* ſchaffte dieſe Klage ab, und verordnete, daß die Ehefrau in ſolchem Fall actionem ex ſtipulatu de dote anſtellen ſolle; und daß dieſe Klage alle diejenigen Eigenſchaften haben mußte, welche der actioni rei uxoriæ zukamen. Eben daher iſt es deswegen geſchehen, daß dieſe actio ex ſtipulatu de dote gleichſam als ein monſtrum actionis, welches aus lauter widerſprechenden Theilen erwachſen iſt, betrachtet werden muß. Denn 1) iſt ſonſten die ex ſtipulatu ſtricti iuris: weil ſie aus einem einſeitigen Contrakt herrühret (§. 1157.); allein dieſe Klage iſt bonæ fidei, weil ſie aus einem zweiſeitigen Contrakt, nemlich aus den pactis dotalibus, ihren Urſprung hat. 2) Die actio ex ſtipulatu rühret ſonſten eintzig und allein aus einer Stipulation her, die mit mündlichen Worten bewerckſtelliget wurde: (§. 879.) dieſe hingegen entſtehet aus den Ehe-Pakten, ohngeachtet zu Befeſtigung derſelben keine Stipulation dabei vorgegangen iſt. 3) Hat eine actio ex ſtipulatu, da ſie ſtricti iuris iſt, vor andern nichts beſonders voraus: aber dieſe iſt privilegirt, und eine Ehefrau hat vor allen Gläubigern den Vorzug. Es wird viertens noch gefraget, wie die actiones bonæ fidei, ſtricti iuris & arbitrariæ ihrer Wirckung nach von einander unterſchieden ſeyn? Reſp. 1) Die actiones arbitrariæ unterſcheiden ſich von den andern dergeſtalt, daß, da in denen actionibus bonæ fidei und ſtricti iuris des Richters Beſcheid ſchlechterdings abzufaſſen iſt, der

Beklagte von dem Richter, wenn er deſſelben Schieds-Urtheile keine Folge geleiſtet hat, bei den actionibus arbitrariis entweder zu einer vierfachen Erſtattung, oder wenigſtens zu ſoviel als der Kläger iuramento in litem erhärtet, durch den richterlichen Beſcheid angehalten werden kan. b) Die actiones bonæ fidei und ſtricti iuris aber ſind dergeſtalt unterſchieden, α) daß dolus und metus bei dieſen eine reſtitutionem in integrum veranlaſſen, bey jenen aber eine vorſetzliche Boßheit den vorgegangenen Contrakt ipſo iure zernichtet und unkräfftig macht. β) Daß man bei dieſen keine Zinſen auszuzahlen hat, es wäre denn, daß man ſie ausdrücklich verſprochen hätte: bei jenen aber erkennet der Richter auch auf die Erlegung der Zinſen ob ſolam moram, falls ſie auch nicht verſprochen wären. γ) Daß bei dieſen die pacta adiecta nur eine exception zu wege bringen: aber bei jenen iſt eine jede hinzugefügte Abrede ſelbſt mit in dem contractu begriffen, und kan auch aus denſelben eben diejenige Klage angeſtellet werden, die ſich auf den Contrakt gründet, zu welchem man ſie hinzugefüget hat.

§. 1192 - 1196. Nun iſt noch derjenige **Anhang**, welcher zu der **vierten Abtheilung der rechtlichen Klagen** gehöret, abzuhandeln übrig: als welchen wir dieſer Abhandlung, nach dem Beiſpiel des Keiſers Iuſtiniani, haben mit beifügen wollen. In demſelben wird nemlich von der *pluris petitione* geredet, als wobei man zu mercken hat, α) daß ein Kläger allemal auf eine gewiſſe Summe ſeine Klage einrichten müſſe, falls es nur irgends geſchehen kan, dannenhero iſt dieſes nicht zulänglich, wenn ich klagte, Titius wäre mir ſehr viel ſchuldig, ſondern ich muß ausdrücklich melden, und belegen, wie viel mir Titius ſchuldig iſt. Denn wie würde ein Richter nach ſeiner Amts-Gebühr, §. 32. *Inſt. h. t.* einen gewiſſen Beſcheid ertheilen können? Wir ſagen aber mit guten Bedacht: **falls es nur irgends geſchehen kan**; weil ſolches bei etlichen Klagen etwas unmögliches iſt, dergleichen ſich z. E. bei den Erbſchaffts-Klagen und andern dergleichen actionibus univerſalibus, wie leicht zu erachten iſt, gemeiniglich zu äuſſern pfleget. Denn ein Erbe ſucht mit der hereditatis petitione eine Erbſchafft, von welcher er oft nicht weiß, wie hoch ſich dieſelbe belauffe, als welches eigentlich hernachmals aus dem Erb-Inventario abgenommen werden muß. β) Iſt hierbei zu beobachten, daß bei den Römern dieſes ſtrenge Recht ſo gar vorgewaltet habe, daß derjenige Sachfällig wurde, und den gantzen Proceß verlohr, welcher auch nur einen Pfennig mehr in der Klage angegeben hatte, als ihm der Kläger etwa ſchuldig war, §. 34. *Inſt. h. t.* Es enthielt aber des Klägers angeſtellte actio pluris petitionem entweder *re*, oder *tempore*, oder *loco*, oder auch *cauſſa*. Pluris petitio *re* beſtund darinnen, wenn man auf eine höhere Summe geklaget hatte, z. E. 500. an

ſtatt

statt 400. *Tempore*, wenn man auf eine Schuld klagete, welche noch nicht fällig war, man forderte z. E. eine Schuld-Forderung von 1000. Thalern, welche zwar an sich ihre Richtigkeit hatte, aber die Zahlung sollte laut der genommenen Abrede allererst nach verflossenem Jahre geschehen. *Loco* geschahe eine pluris petitio, wenn der Kläger die Zahlung in einer andern Stadt bewerckstelliget wissen wollte, als der geschlossene Contrakt bestimmet hatte: Es fordert z. E. der Kläger, daß der Schuldner in Leipzig 600. Reichsthaler erlegen soll, da doch beide Contrahenten die Stadt Halle hierzu vorher ernannt haben. Dabei aber pflegen wir in unserm Rechts-Gebrauch allezeit darauf zu sehen, ob ein Ort entweder dem Beklagten oder dem Kläger zu Gefallen zur Zahlung beniemet worden ist, und auf wessen Bequemlichkeit in Ansehung des zur Zahlung bestimmten Ortes die Contrahenten eigentlich ihre Absicht genommen haben. Denn wenn z. E. der Beklagte die Zahlung in Braunschweig versprochen hätte, weil ihm bei Aufrichtung des Contrakts diese Stadt hierzu am bequemesten geschienen hat: so ist kein Zweiffel, er könne solcher ihm zustehender Bequemlichkeit entsagen, falls demselben nachhero z. E. die Stadt Leipzig zur Bezahlung bequemer fallen würde, ohngeachtet der Kläger dagegen unterschiedene Beschwerden anführen möchte. Endlich geschahe auch eine pluris petitio *causſa*, wenn nemlich der Kläger auf den Abtrag einer Schuld schlechterdings geklaget hatte, da doch dieselbe mit einer Bedingung verknüpffet war. Er forderte z. E. ausdrücklich von Beklagten den Knecht Stichum, da Beklagter ihm doch nur alternative entweder Stichum, oder Thrasonem versprochen hatte §. 33. *Inſt. h. t.* In allen diesen vier Fällen verlor der unbehutsame Kläger bei den alten Römern seine gantze Anforderung. Fünftens aber ist hiervon zu mercken, daß dem Keiser Zenoni dieses strenge Verfahren allzuhart vorgekommen sey, und daß er dieserwegen in dem L. 12. *Cod. de plur. petit.* die Verordnung gemacht habe, daß niemand fernerhin wegen solcher pluris petition seiner Anforderung verlustig gehen solle, sondern ein solcher Kläger mit einer gesetzten Straffe davon kommen könne. Nemlich a) wenn iemand auf eine Schuld-Forderung allzufrühzeitig klagen würde, so sollte ihm zur Straffe die gesetzte Zeit verdoppelt werden. b) Wenn jemand ein mehrers in Ansehung des Orts in seiner Klage begehrete, so sollte der Beklagte, welchen der Kläger an einem gewissen Orte widerrechtlich belanget hätte, von der Summe so viel abziehen dürffen, als ihm daran gelegen ist, daß die Zahlung nicht an dem verabredeten Orte geschehen soll. c) Hätte aber der Kläger den Beklagten re & cauſſa auf ein mehrers belanget, so war die Straffe nach der Verordnung des Keisers *Iuſtiniani* hierbei diese, daß der Kläger dreimal so viel erſtatten

ſtatten muſte, als er mehr gefordert hatte, denn ihm Beklagter auszuzahlen verbunden war. Ueberhaupt aber etwas desfalls von unſerm Rechts-Gebrauch zu ſagen, ſo iſt es bei uns gar keine ſolche gefährliche Sache, wie bei den Römern, wenn ein Kläger ſein Libell auf etwas mehrers eingerichtet hat, als ihm der Beklagte ſchuldig iſt: nur iſt hierbei zu rathen, daß, wenn man deſſen allzuhohe Forderung innen wird, er bei Zeiten, noch vor Eröffnung des richterlichen Beſcheides die eingegebene Klag-Schrifft corrigiren müſſe. Dieſes iſt ſo zu verſtehen, daß die unrichtigen Umſtände, welche in dem Libell enthalten ſind, in beſſere Richtigkeit gebracht werden. Denn ſolches iſt der Kläger zu thun befugt, bis der Richter ſeinen Beſcheid ertheilen will. Siehet ſich dagegen ein Kläger genöthiget, ſtatt der vorigen Klage eine gantz andere vor die Hand zu nehmen, alſo, daß er das vorige Libell gantz und gar ändern muß: ſo gehet ihm ſolches Vornehmen nicht ſo für gut aus, als im obgedachten Fall. Zwar iſt in den meiſten Gerichten erlaubt, daß ein Kläger vor Befeſtigung des Krieges Rechtens eine Aenderung mit der eingegebenen Klag-Schrifft vornehmen kan: allein wenn er dergleichen nachher vornehmen will, ſo muß er dem Beklagten alle bisher aufgewandte Proceß-Koſten erſtatten. BRVNNEMANN *in Proceſſu civili cap.* V. *n.* 17. SANDE *Deciſ. Lib.* I. *Tit.* IV. *def.* 2.

§. 1197 ſ 1203. Wir ſchreiten endlich zu der fünften Abtheilung der rechtlichen Klagen, als welche unter allen die leichteſte iſt: indem ſie diejenigen Klagen enthält, vermittelſt welcher man das ſogenannte *ſolidum* zu erlangen meinet, und dabei auch derjenigen gedacht wird, vermittelſt welcher man *minus quam ſolidum* zu erlangen pfleget, §. 36. *Inſt. h. t.* Das *ſolidum*, oder die gantze Sache, die gäntzliche Zahlung, und dergleichen, erlangt man ordentlicher Weiſe durch Anſtellung aller Real- und Perſonal-Klagen. So lautet die Regel: aber es giebt Fälle, wo man minus quam ſolidum erhält, und ſolche gehören ad exceptionem a regula. 1) War bei den Römern die actio de peculio, welche man zur Hand nehmen konnte, wenn ein filius familias oder ſervus ein peculium profectitium für ſich, und mit demſelben einen gewiſſen Handel getrieben hatte. Falls nun ein ſolcher Schulden machte, und nicht bezahlen wolte, ſo belangeten die Gläubiger den Vater oder den Herrn mit der actione de peculio, damit ſoviel abgezahlet werden möchte, als etwa in dem peculio enthalten war. Betrug nun das peculium nicht ſo viel, als ſich die Schuld belief: ſo erhielten die Gläubiger minus quam ſolidum, d i. ſie muſten mit demjenigen fürlieb nehmen, was vorhanden war. (§. 1219.) 2) Der andere Fall iſt dieſer, wenn man an jemanden eine Anforderung zu machen hat, welchem wir auch unterſchiedenes abzutragen ſchuldig ſind, dergeſtalt, daß wegen des

mutui

mutui debiti und mutui crediti eine Abrechnung ſtatt finden muß, welche ſo gut anzuſehen iſt, als eine wirckliche Zahlung, und deswegen die eigentliche Schuld ipſo iure verringert wird, im Fall man nemlich Forderung und Gegen-Forderung neben einander ſetzt. Geſetzt demnach, Titius belangete Mevium wegen eines Capitals von 1000. Thaler; Mevius aber könte beweiſen, daß ihm Titius ebenermaaſſen 600. Thaler ſchuldig wäre: ſo müſte dieſe Summe von jener abgerechnet werden, mithin würde Titio der Richter nur 400. Thaler zuſprechen. Und dieſes iſt das minus quam ſolidum §. *pen. Inſt. h. t.* 3) Iſt der Fall dieſer, wenn ein Schuldner das beneficium competentiæ zu gebrauchen befugt iſt. Es iſt aber daſſelbe ein privilegium perſonale, welches ſich derjenige zu getröſten hat, der zu nichts weiter angehalten werden kan, als er an ſeines Lebens Unterhalt entbehren mag. §. 37. *Inſt. h. t.* L. 29. L. 30. *D. de re iudicata.* L. 173. D. *de Reg. Iur.* Und ſolches privilegii haben ſich zugetröſten A) *ob neceſſitudinem* 1) cognati bis auf den zweiten Grad, nemlich Eltern, Kinder und Brüder. 2) Die Schwäger im erſtern Grad, als der Schwieger-Vater und der Schwieger-Sohn: desgleichen 3) patroni, welche den Freigelaſſenen bei den Römern an Eltern ſtatt waren (§. 111.) 4) Die Ehegatten. 5) Die Handlungs-Genoſſen oder ſocii, welche einander als Brüder anzuſehen haben, L. 63. D. *pro ſocio.* B) *Ob militiam.* Denn es hatten ſich bey den Römern des beneficii competentiæ die Soldaten zu erfreuen, L. 7. L. 18. D. *de re iud.* Vergeblich aber pflegt man deswegen ſolche Rechts-Wohlthat auch auf Edelleute, Advocaten, Clericos und Doctores zu ziehen: weil bei den privilegiis keine extenſiva interpretatio ſtatt findet (§. 60.) C) *Ob beneficium* genieſſen auch die donatores dieſes privilegium; im Fall man ſie wegen ihrer Schenckung oder anderweitigen Freigebigkeit belangen würde, L. 19. §. 1. L. 30. L. 49. L. 50. D. *de re iud.* daß aber der Keiſer Pius dieſes privilegium auch den donatoribus ertheilet habe, ſolches erhellet ex L. 28. D. *de Reg. Iur.* D) *Ob calamitatem* kömmt ſolches privilegium auch zu ſtatten 1) den enterbten Perſonen, 2) denen Kindern, welche ſich der väterlichen Erbſchafft gantz und gar entſchlagen haben, und 3) allen denjenigen, welche ihre Güter den Gläubigern ſtatt der Bezahlung überlaſſen haben. Es iſt aber dieſes keinesweges von ſolchen Leuten zu verſtehen, welche durch ihre eigene Schuld, ſondern durch zugeſtoſſene Unglücks-Fälle in ſolches Elend gerathen ſind, daß ſie bei dem Unvermögen zu bezahlen, den Gläubigern alle ihr Haab und Gut anbieten müſſen: weswegen auch dieſes privilegium ein flebile beneficium & lamentabile adiutorium, in unſerm corpore iuris genennet wird. In allen dieſen und dergleichen Fällen muß man den gedachten Perſonen ſoviel in Händen laſſen, ne eſuriant, d. i. es ſtehet ihnen nach unſerer Art

zu re-

zu reden, das Kost- und Unterhaltungs-Recht zu: weil man widrigenfalls dennoch dergleichen Schuldner aus seinen eigenen Mitteln der natürlichen Billigkeit gemäß frei ernähren und unterhalten müste. Man möchte nun zwar hierbei eine Einwendung machen, daß diejenigen, welche man wegen ihrer Unwürdigkeit enterbet habe, dieser rechtlichen Wohlthat nicht werth wären: zumal da keine Enterbung ohne Begehung einer groben Undanckbarkeit für giltig angesehen werden kan (§. 529.). Nächstdem, daß diejenigen dieses privilegii unwürdig zu seyn scheinen, welche in der väterlichen Erbschafft keine Erbfolger haben abgeben wollen: insonderheit da sie sich ihre elenden Umstände solchergestalt selbst zuzuschreiben hätten. Allein darauf antworten wir, was die Enterbten anbelanget, so hat dieses zwar seine Richtigkeit, daß nach der Verordnung *Iustiniani Nov.* CXV. keine Enterbung geschehen solle, wo nicht Ursachen einer groben Undanckbarkeit ausdrücklich angegeben werden können: aber da vor Iustiniani Zeiten den Eltern die Enterbung der Kinder, sie mochten schuldig oder unschuldig seyn, gantz und gar frei stund (§. 520); so waren damals dergleichen Kinder ausser Zweiffel erbarmungswürdig, und mithin des beneficii competentiæ nicht unwerth. Was hiernächst diejenigen betrifft, welche an der väterlichen Erbschafft kein Theil haben nehmen wollen, so ist hierbei gar leicht zu vermuthen, daß sich niemand des Vaters Erbe zu seyn entschlagen werde, wo er nicht wahrgenommen habe, er werde mit solcher Erbschafft mehr Schulden zu bezahlen, als davon Gewinn zu geniessen haben: folglich giebt es die gesunde Vernunfft, daß auch in solchem Fall eine Erbarmung, mithin auch das beneficium competentiæ gar wohl statt finden, und nicht übel angewandt seyn können.

Da wir nunmehro mit der Abhandlung dieses weitläufftigen Titels fertig sind, so wollen wir, um unserer angenommenen Weise auch allhier nachzukommen, uns nunmehro auch nach der Beschaffenheit der Teutschen Rechts-Klagen ein wenig umsehen. Ueberhaupt aber mercken wir, daß die alten Teutschen, wie in allen ihren rechtlichen Geschäfften, also auch besonders bei Anbringung ihrer Klagen, eintzig und allein einer gesunden Vernunft, und dem Recht der Natur gefolget haben. Denn gleichwie die Landes-Verfassung in den alten Zeiten sowol in Ansehung der regierenden Häupter, als auch der Grafen, Richter und andern obrigkeitlichen Personen ihrer Freiheit und Offenhertzigkeit gemäß eingerichtet war, so, daß weder auf der einen, noch auf der andern Seite künstlich ausgesonnene Handgriffe und listige Verstellungen zur Erhaltung ihrer Staaten nöthig waren: also wurde auch bei ihnen Recht und Gerechtigkeit ohne alle weit hergesuchte Spitzfindigkeiten von den bestallten Richtern verwaltet, und

mithin,

mithin, falls einer dem andern von dem Volck zu nahe getreten war, daß der beleidigte Theil den Richter wegen seiner verletzten Gerechtsame zu Hülffe ruffen mußte, des Klägers Anbringen bei demselben auf eine gantz schlechte Weise und ohne ängstliche Sorgfältigkeit vorgebracht und eröffnet. Es scheinet dannenhero Redlichkeit, Treue und Liebe zur Wahrheit Ursach gewesen zu seyn, daß weder eine Landes-Obrigkeit, noch auch das unter solchen stehende freie Volck der Teutschen keine mit vielen Schwierigkeiten beladene Gerichts-Ordnungen, und folglich auch keine kümmerliche Art und Weise zu Abfassung der gerichtlichen Klagen eingeführet und angenommen haben. Dannenhero finden wir nirgends, daß jemals ein Teutscher Gesätzgeber bei unsern uralten Vorfahren die gerichtlichen Klagen in gewisse Ordnungen und Arten eingetheilet habe: ohngeachtet mit Einführung des Christenthums die Kunst zu schreiben unter Gelehrten und Ungelehrten mehr und mehr bekandt worden ist. Endlich aber fand sich der Verfasser des sogenannten **Richtsteiges** über das **Sächsische Land-Recht**, welcher die Art und Weise, wie die Teutschen ihre Klagen vor den Gerichten anzubringen gewohnt gewesen sind, sehr sorgfältig beschrieben und gezeiget hat, ohne das geringste von fremden Rechten mit einzumischen. Aus denselben erhellet offenbar, daß man dennoch ihres ungekünstelten Rechtes ohngeachtet einige unschuldige Gebräuche bei Anbringung der rechtlichen Klagen jederzeit beobachtet habe. Solchemnach finden wir auch von denselben in dem Cap. 5. des gedachten Buchs eine natürliche Eintheilung, daß sie nemlich entweder civiles, oder criminales, oder auch mixtæ gewesen seynd. Die Worte davon lauten also: **Borgelikk, und de heten darumme so, dat de kleger, en de antwerter vor de saken borgen blieven, unde dat erer neen den andern vluchtig werden en darff, dat is, als umme Schuld, unde umme Gut, unde umme anefangk: Pynlick, unde heten darumme so, da de kleger nichts begert, wenn dat me den andern pynighe umme synen broke:** und endlich **Vormengede Klagen.** Gemeldeter Verfasser gedencket an gedachtem Orte der **Klagen umb Schuld**, vermittelst welcher man nemlich res creditas einzuklagen suchet; und der **Klagen umb Gut**, wodurch man seine Habseligkeit vindicirt; wie auch der **Klagen umb Anefangk**, womit man nemlich die uns gestohlne und mit Gewalt abgedrungene Sachen und Habseligkeiten wiederum zu erlangen gedencket. Eben dieser Unterscheid findet sich auch in den LL. *Goslarienſibus* bei dem Hrn. von **Leibnitz** *Script. rer. Brunſvic.* T. III. p. 484. indem daselbst **van erue-Gure** p. 516. **umme schuld**, und p. 530. **vom anevanghe** gehandelt wird. Es erzählet ferner der Verfasser des

angeführten Richtſteiges *cap.* VI. die Klagen umb ſchuld inſonderheit. Und dahin gehöret erſtlich die Klage ex mutuo vel commodato mit dieſen Worten, als eſſt me eme ſulven wat tho bürge thut: zweitens die Klage ex promiſſo vel pacto vom louede: drittens die Klage ex facto defuncti: vom erues wegen, als wenn me de erven beſchuldiget umme des Doden ſchuld: Endlich die Klage ex auctoris affirmatione oder des Währmanns Geſtändniß: van underwindinghe, als eſt ſick we des underwint, dat ein ander ſegget, he ſy yt eme pflichtig wedder to nomene. Hiernächſt meldet der Richtſteig *cap.* XI. die Klagen umb Gut und macht zwiſchen den Habſeligkeiten oder den Gütern einen dreifachen Unterſcheid. Denn in Anſehung deſſelben vindiciret man entweder varende Haaue oder Lehen, oder auch eygen und erue. Indem darauf folgenden *cap.* XII. ſequ. erwehnet er, wie res mobiles auf ſechſerlei Weiſe bei uns betrachtet werden können. Denn man habe ſolche entweder gefunden oder gekauffet, oder aufzuheben bekommen, oder auch geſtohlen, geerbt und erworben. Die Fälle nun betreffend, in welchen man wegen eines Lehen-Guts Klagen anſtellen könne, werden *cap.* XVIII. und *cap.* XXII. namhafft gemacht, welche zum Theil auch in dem Sächſiſchen Landrecht *Lib.* I. *art.* IX. vorkommen. Was man endlich für Klagen wegen eines allodii anzuſtellen habe, ſolche werden in gemeldetem Richtſteige von *cap.* XXIII. bis zu *cap.* XXVII. abgehandelt. Wer hiernächſt geſtohlene und geraubte Sachen wieder einklagte, von dem ſagte man, daß er anefange. Davon heißt es in dem *cap.* XVIII. des ſehe tho dem erſten, wo du einen anefangk don ſchaleſt, wenn du wilt einen anefangk dun, eines dinghes, dat dy duncker, dat dy verſtolen oder affgerouet ſy, under weme du yt vindeſt, tho dem ſpreck alſus ꝛc. Siehe LL. *Goslarienſes* ap. LEIBNIZ p. 530. In dem darauf folgenden *cap.* XXVIII. handelt gedachter Verfaſſer die peinlichen Anklagen ab, und theilet dieſelben in fünferlei Gattungen, nemlich in Anſehung der Straffe, womit ein Uebelthäter angeſehen wird. Denn laut ſeiner Worte wird ein ſolcher geſtraffet erſtlich am Leben: ſyn Lyf; zweitens an ſeiner Geſundheit: ſyn geſunt; drittens an ſeiner Befugniß: ſyn Recht; viertens an ſeiner Ehre und guten Namen: ſyne Ere; fünftens an ſeiner Sicherheit: den gemeenen vreden. Die peinlichen Anklagen werden darauf in *cap.* XXX. in vier Claſſen getheilet. Denn anders klagte man vor Zeiten, wenn man den Verbrecher auf friſcher That betraff, und ihn alſo vor den Richter ſchleppete, welches daſelbſt *cap.* XXXI. ſequ. eine handhaffte That genennet wird: anders klagt man wegen einer übernächtigen That, da nemlich ein Uebelthäter allererſt vor dem Richter vorgeladen werden mußte. Anders verhielt ſich die

peinliche

peinliche Anklage, wenn sich ein Verbrecher freiwillig vor den Gerichten eingefunden hatte, der ungefangen tho der Antwerde is; anders klagte man endlich einen flüchtigen und ausgetretenen Uebelthäter an, de vorflüchtig ist. *cap.* XXXIII. seqqu. Was er nun obgedachter maassen vermengede Klagen oder mixtas actiones nennete, solches eröfnet *cap.* XXXVI. XXXVII. XXXVIII. und XLII. und sind durch diese Benennung solche Klagen zu verstehen, welche, da sie civiles sind, auch in gewissen Fällen criminales werden können, oder wenn sie criminales sind, auch civiles werden dürffen. In dem *cap.* XLV. sequ. gedencket der Verfasser der actionum *mixtarum spuriarum*, wenn es sich nemlich zutragen sollte, daß man wegen eines Contrakts eine peinliche Anklage anbrächte, davon er also schreibet: des hebben böße Lüte upgebracht mit unrechte, dat sie von borgelicken Klagen pynlicke maken. Es haben aber auch die uralten Gesätze oftberührten Unterscheid inter actiones civiles, criminales und mixtas zum öftern beobachtet. Denn der Longobardische König *Luitprandus* in LL. *Longobard. Lib.* II. *Tit.* XXI. §. 23. schreibet ausdrücklich: *Hoc loco admonendi sumus, quod maleficiorum litigium, nisi lis conteſtata fuerat, adverſus heredes non transeat; ſi vero contractu litigaverit ſive lis conteſtata, ſive non, heredi & in heredem competit.* S. L. *Wiſigoth. Lib.* II. *Tit.* I. §. 18. und L. *Friſ. Tit.* V. §. 1. 2. Die bürgerlichen Klagen bezogen sich hiernächst entweder auf *res creditas*, oder auf *rei vindicationem*, oder auch auf die Einklagung der gestohlnen und geraubten Sachen. Solches ergiebt sich insonderheit auch aus den Fränckischen Gesätzen. Denn ausser Zweiffel hat *Ludovicus Pius, Capitul. Lib.* VII. §. 211. die zwei ersten Arten der gerichtlichen Klagen in diesen Worten angezeiget: *Quoties de revocanda re vel cauſſa integri reſtitutionis beneficium petitur, aut in rem, aut in perſonam agendum eſt.* Und der Klage wegen gestohlener und geraubter Sache, die der Verfasser des Richtsteigs den anefang nennet, wird in L. *Salica Tit.* L. *de Filtortis*, desgleichen in L. *Ripuar. Tit.* XXXIII. und LXXIII. wie auch *Capitular lib.* VI. §. 209. ausdrücklich gedacht. Zudem scheinen auch die persönlichen Klagen ex credito, promiſſo, obligatione defuncti, und von der sogenannten Unterwinding ehemalen nicht unbekannt gewesen zu seyn, L. *Wiſigoth. Lib.* V. *Tit.* IV. L. *Salic. Tit.* LIV. L. *Friſ. addit. Tit.* XI. §. 1. Der andern Art geschiehet Meldung L. *Wiſigoth. Lib.* II. *Tit.* V. §. 1. sequ. L. *Sal. Tit.* LIII. Der dritten L. *Ripuar. Tit.* LXVII. §. 1. L. *Burg. Tit.* LXV. §. 2. L. *Wiſigoth. Lib.* VII. *Tit* V. §. 8. Der vierten L. *Salic. Tit.* L. Denn die Klage von Unterwinding bestund darinn, daß man dem Beklagten vermittelst derselben anhielt und nöthigte, seinen Währmann namhafft zu machen. Daß aber auch die alten Teutschen einen guten Unterscheid zwischen den beweg-

lichen und unbeweglichen Gütern zu machen gewußt haben, und daß beide Lehen und Erbe seyn können, solches haben wir bereits oben gewiesen. Zu dessen Bestärckung nun ist ex L. *Baiuar. Tit.* II. c. 13. §. 2. L. *Longob. Lib.* L. *Tit.* XXV. §. 1. bekannt, daß man eine eigene Klage wegen einer gefundenen Sache angestellet habe. Ein Beispiel von einer actione emti findet sich in L. *Baiuar. Tit.* XV. c. 4. und wegen eines depositi in *Capitular. lib.* VI. §. 22. §. 30. it. *lib.* V. §. 204. edit. LINDENBROG. wegen gestohlener Sachen in L. *Wisigoth. Lib.* VII. *Tit.* II. §. 20. Was endlich bei Erb- und Errungenen-Gütern Rechtens gewesen sey, solches erhellet aus den obgedachten Verfasser des Richtsteigs *l. c.* Auf gleiche Weise könnte auch mit leichter Mühe gezeiget werden, daß unsere alte Vorfahren ebenfalls von denjenigen Klagen, welche wegen unbeweglicher Güter, es mochte Lehen oder Erbe seyn, gestattet werden, gewußt haben, dergleichen wir in Ansehung des Sächsischen Rechtes aus dem Richtsteige bereits dargethan haben. Wir werden aber unten Gelegenheit haben, davon ein mehrers mit einander zu reden: und deswegen wollen wir uns damit nicht aufhalten, zumal da uns die Lehre von den peinlichen Klagen noch bevorstehet. Die Rechte der mittlern Zeiten anbetreffend, welche in dem Sachsen- und Schwaben-Spiegel enthalten sind, so wäre es vergeblich von den erstern viel Redens zu machen, da obgedachter Richtsteig aus dem Sächsischen Land-Recht gezogen ist, wie die am Rande beigefügte Schrifftstellen in der Ludovicianischen Herausgabe des obgedachten Richtsteigs solches klärlich erweisen. Derowegen ist nichts mehr übrig, als daß wir noch eine kleine Untersuchung anstellen, ob in den Schwaben-Spiegel, wie auch in andern Gesätzen und Statuten dergleichen Arten von rechtlichen Klagen befindlich sind. Mit dem Goßlarischen Rechte hat es angezeigter maassen seine Richtigkeit, und das Schwäbische Recht unterscheidet auch die actiones *civiles* von den *criminalibus*. Ja die actiones *mixtæ* werden darinnen gantz deutlich erwehnet, *cap.* XCIX. §. 1. *cap.* CLX. §. 5. *cap.* CXVII. §. 2. *sequ. cap.* CLVIII. Die actiones *personales* umb Schuld werden *cap.* XCII. berühret; die reales umb Gut, *cap.* CXXI. So gedencket auch *cap.* CLVIII. derjenigen Klagen, vermittelst welcher man seine gestohlene Sachen wieder forderte; und ist eben daselbst die Redens-Art von anefanghe befindlich. Die Herausgabe des Hrn. SCHILLERS hat bei dem *cap.* CCCXII. diese Worte: der sol sin Gut wol anuaen, und in der Aufschrifft selbst heißt es: der Tiuphait oder raup kauffet, und daz angeuangen wirt. In der Herausgabe des Herrn von BERGER p. 343. stehen diese Worte: Und er mag sein Gut anvengen mit des Richters Urlaub. Und was der Verfasser des Richtsteiges von den Klagen umb borge, umb louede, und umb erues wegen, meldet, das alles findet sich auch in dem Schwaben-Spiegel *cap.* 130. und in der Herausgabe

des

des Herrn von **Bergers** p. 326. wie auch *cap.* 254. *seq.* Aber von **Unterwinding** wird cap. 158. seq. gehandelt. Auf solche Art kommt auch ferner der **Schwaben-Spiegel** mit dem **Sachsen-Spiegel** überein: und wird insonderheit, was res mobiles betrifft, fast eben dasselbe, was im **Sachsen-Spiegel** davon aufgezeichnet stehet, *cap.* 247. §. 1. *cap.* 243. §. 2. *cap.* 158. und *cap.* 408. in dem **Schwaben-Spiegel** gefunden. Ob nun gleich von den erworbenen Gütern keine Verordnung darinnen enthalten ist: so ist doch noch heutiges Tages das Wort **Errungenschafft** und **errungene Güter** in den Schwäbischen heutigen Rechten sehr gebräuchlich. Von den Lehn-Gütern und denen dabei vorkommenden Rechts-Klagen, die obgedachter maassen der Verfasser des **Richtsteiges** erzehlet, wird ebenfalls in dem **Schwäbischen Lehn-Recht** *cap.* 22. *cap.* 31. *cap.* 65. gehandelt. Es sind auch diejenigen Klagen nicht mit Stillschweigen vorbei zu gehen, welche in den Schwäbischen Rechten wegen der Allodial-Güter gestattet wurden. Und insonderheit ist zu mercken, daß die erste Art Klagen, da ein Kläger, der seine Erbschafft forderte, wegen der Verjährung abgewiesen wurde, bei den Schwaben nicht gebräuchlich gewesen seyn müsse: zumal da das **Sächsische Land-Recht** *cap.* 270. und der **Sachsen-Spiegel** *Lib.* I. *Tit.* XIX. von den Schwaben den Satz behaupten: **Das Reich und die Schwaben mögen sich nicht versäumen an ihrem Erb, dieweil sie erzeugen mögen.** Noch andere Verordnungen finden sich von den Erb-Gütern in dem **Schwaben-Spiegel** *cap.* 293. und in der edit. BERGERI p. 33. Auf was für eine Art und Weise nun Kläger seiner Gegenpart die rechtliche Klage zu eröffnen gewohnet gewesen sey, solches wollen wir noch kürtzlich berühren. Vor allen Dingen beobachten wir an den alten Teutschen eine ungemeine Hochachtung und Ehrerbietigkeit gegen ihre Richter: als welche sie vor Anbringung der Klage allemal um Erlaubnis zu reden baten. S. L. *Sal. Tit.* LIII. §. 2. und *Tit.* LV. Sobald nun diese Bitte geschehen war, so hatte sie einen solchen Nachdruck, daß ein Richter, welcher derselben kein Gehöre geben wollte, 50. Gold-Gülden Strafe geben mußte. L. *Sal. Tit.* LX. §. 1. Und damit kommet auch der **Richtsteig** überein *cap.* 7. und 8. allwo der Kläger den Richter mit diesen Worten um Erlaubnis zu reden anspricht: **Here Her Richter, will gy N. Wort hören?** worauf des Richters Antwort seyn muste: ya. Eben dieses findet sich auch *cap.* 10. 11. und 31. die Klage mochte bürgerlich oder peinlich seyn. So wie es nun nicht erlaubt war, ohne vorher ertheilte Erlaubnis eine Klage anzubringen: also durffte auch keine ohne vorher erbetener Vergünstigung des Richters wiederum von den Gerichten hinweg gehen. **Sächsisch-Landrecht** *Lib. I. art.* 59. Die Klagen selbst wurden hierauf in kurtzen Redens-Arten vorgetragen. Wir finden davon Beispiele

in dem Schwäbischen Recht *Tit.* LVI. §. 2. und *Tit.* LXXXIV. desgleichen in L. *Baiuuar. Tit.* XV. *cap.* II. §. 1. allwo der Kläger seinen entlauffen gewesenen Knecht dem Richter mit diesen Worten vorstellet: *Illud mancipium ego comprehendi extra terminum, ubi dux exercitum duxit*, und §. 4. klaget ein hinterlassener Sohn wegen eines von seinem Vater ererbten Knechtes folgendergestalt: *Pater meus reliquit mihi hoc mancipium in hereditatem.* Siehe eben daselbst *Tit.* XVI. *cap.* 1. §. 2. *Tit.* XVII. *cap.* 2. Solche Redens-Arten mußten die Kläger mit lauter Stimme hersagen, die Gerichts-Schreiber aber solche aufzeichnen. Man hatte diesemnach nicht nöthig eine Klag-Schrifft einzugeben: sondern der Beklagte wurde sogleich mit seiner Schutz-Rede angehöret, und der Richter erkannte über den Beweis. Wenn Zeugen zugegen waren, so verhörete er dieselben gantz kurtz: widrigenfalls legte er dem Beklagten einen Eid auf, oder bestimmte einen gewissen Tag zu dem damals gewöhnlichen Zweikampf, und andere Arten seine Unschuld zu beweisen. Darauf sprach er das End-Urtheil: und damit erreichte der Proceß sein Ende. Dahero vermuthen unsere Gelehrten gantz wohl, daß die Weitläufftigkeit, welche heutiges Tages in unsern Processen üblich ist, sowol von dem Iure Canonico als Civili herrühret. Es dauerte aber diese alte Weise zu processiren bei uns Teutschen auch noch in den mittleren Zeiten. Dieses beweiset der Verfasser des **Richtsteiges**. Denn *cap.* VII. wird von einer actione mutui geredet, allwo der Kläger also anfänget: **So klaget *N.* over *N.* dat he eme schuldig sy teyn marck, unde biddet eines Ordels, eft gy ene icht tho der antwerde byden scholle.** Und *cap.* 50. wie auch *cap.* 13. und *cap.* 23. finden sich dergleichen unterschiedene Klage-Formeln. So bald wir aber in den Rechts-Gebrauch das Römische und Päbstliche Recht einschleichen liessen, sobald bekamen auch unsere rechtlichen Klagen eine gantz andere Gestalt. Denn man hielt nunmehro nach den neuern Römischen Recht einen jeden Kläger an, sein Anbringen in eine Klag-Schrifft abzufassen: und entstund zuerst der nunmehro abgeschaffte libellus articulatus. S. *Rec. Imp. de a.* 1654. §. 27. und 59. Darauf kam die noch heutiges Tages gebräuchliche Klag-Schrifft auf, worinnen species facti, nachhero nach gesetzten Grund der Klage des Klägers Suchen enthalten ist, daß der Richter demselben gemäß einen Bescheid ertheile. Und dieses nennet man bei den pragmaticis libellum summarium. Wenn nun dergestalt schrifftlich verfahren wird: so wachsen die Gerichts-Acten zum öftern dermaassen an, daß man unterweilen vor ihrer Grösse erstaunen muß. Dessen ungeachtet finden sich von der alten Gewohnheit zu processiren noch unterschiedene Spuren. Denn 1) wird in den Niedern-Gerichten die Klage an vielen Orten **von Mund aus** protocolliret, und was dabei

ange-

Digitized by Google

angeführet wird, das zeichnet der Gerichts-Schreiber gleichfalls auf. 2) Obgleich in Sachsen eine Klag-Schrifft eingegeben wird, und dieselbe dem Beklagten eingehändiget werden muß, ehe der Termin herankömmt: so muß doch nachhero die Klage von Mund aus in die Feder gegeben werden. Dieses wird so genau beobachtet, daß es nicht einmal vergönnt ist, die Klage von einem Zettul abzulesen. Und wer sich in den hohen Gerichten solcher Gewohnheit nicht gemäß bezeiget, der muß nicht nur die Termins-Kosten, sondern auch 5. Reichs-Thaler Straffe geben. SCHWENDENDÖRFFER *ad* FIBIGII *Proceſſ.* p. 272. MARTINI *ad Proc. Sax. Tit.* V. §. 1. *n.* 114. Ob nun wohl 3) solches alles anderswo nicht so genau gefordert wird: so ist es doch nöthig, daß der Kläger in der sogenannten Provocation diese Formel mit einfliessen lässet: **Kläger wolle seine übergebene Klage nach alle ihrem Jnhalt und Clausuln von Wort zu Wort anhero wiederholet haben, und der Antwort gewärtig seyn.** SCHWENDENDÖRFFER *l. c.* p. 271. MARTINI *l. c.* p. 216. Endlich 4) obgleich eine Klage schrifftlich eingegeben wird: so pflegt man sich doch gleich anfangs in derselben dieser Worte zu bedienen: **Kläger saget zu Anbringung seiner Klage:** keinesweges aber: **Kläger schreibet.** Welche kleine Umstände, ob sie gleich geringe scheinen, so wenig deren auch sind, noch als ein Ueberbleibsel von dem alten Teutschen Rechts-Verfahren angesehen werden können.

Tit. VII.

Quod Cum Eo, Qui In Aliena Poteſtate Eſt, Negotium Geſtum Eſſe Dicitur.

§. 1204-1206.

Nachdem wir den weitläufftigsten Titel unserer Institutionum zu Ende gebracht haben, welcher die fünf Abtheilungen der rechtlichen Klagen enthält: so folget nunmehro in diesem und dem nächstkommenden Titel derselben sechste Abtheilung. Denn obgedachter maassen entstehen die Klagen entweder ex facto proprio oder alieno. Durch factum alienum wird eine solche That oder Handlung verstanden, welche bei den Römern durch die Knechte, Haus-Kinder, wie auch durch das Last und Heerden-Vieh bewerckstelliget und verübet wurde. Solchemnach handelt wir hier 1) von denjenigen Klagen, welche wider einen Haus-Vater und wider einen Haus-

Haus-Herrn wegen der mit Kindern und Knechten geſchloſſenen Contrakte geſtattet wurden. 2) In dem folgenden Titul aber von denen Klagen, welche gegen einen jeden Beſitzer desjenigen Knechtes, welcher einen Kläger durch ein begangenes Verbrechen Schaden zugefüget hat. 3) In dem IX. Titul von ſolchen Klagen, welche wider einen Beſitzer eines ſolchen Thieres, das dem Kläger ſchädlich geweſen war, angeſtellet wurden. Demnenhero haben wir im gegenwärtigen Titul diejenigen Klagen vor uns zunehmen, welche aus einem mit Haus-Kindern und Knechten geſchloſſenen Contrakt bei den Römern entſtunden: und dabei wird gefraget, 1) was für eine Beſchaffenheit dieſe Klagen haben; 2) warum ein Haus-Vater ex facto filii, und ein Haus-Herr ex facto ſervi belanget werden könne. Auf die erſte Frage dienet zur Antwort, daß alle in dieſem Titul abzuhandelnde Klagen in unſerm Corpore iuris actiones *adjectitiæ qualitatis* genennet werden. Dieſes iſt ſo zu verſtehen, daß wir uns hier eine allgemeine Gattung und Benennung der Klagen vorſtellen müſſen, worunter wiederum gewiſſe Arten der Klagen begriffen werden, und zwar ſo viel, als es Contrakte giebet. So iſt z. E. die *actio* DE PECVLIO die allgemeine Gattung oder Benennung; wenn nun Titii Haus-Sohn an mich ex mutuo etwas abzutragen hat; ſo klage ich wider deſſen Vater condictione ex mutuo *de peculio*; iſt er mir aber etwas ex emto ſchuldig geblieben, ſo ergreiffe ich actionem venditi *de peculio*; iſt mir ferner von ihm ex conducto eine Schuld abzutragen; ſo habe ich actionem locati *de peculio*. Es iſt alſo die Redens-Art *de peculio* die obgedachte qualitas adiecticia, welche jetztberührten Klagen aus den contractibus nur zum Unterſcheid anderer Klagen beigefüget wird: und eine ſolche Bewandniß hat es auch mit den übrigen Klagen dieſes Titels. Da wir aber zum andern die Frage zu erörtern haben, warum ein Haus-Vater und Haus-Herr wegen der Contrakte der Haus Kinder und Knechte belanget werden können: ſo dienet zur Antwort, daß hiervon zwei Urſachen angegeben werden. Unter dieſen iſt die eine remotior, und die andere cauſſa proxima. Die cauſſa remotior beſtehet darin, weil die hausväterliche und hausherrliche Gewalt eine unitatem perſonarum in ſich enthält und vorſtellt: daher wird ein Haus-Vater mit ſeinem Haus-Sohn, welchen er nemlich noch unter ſeiner Gewalt hat, für eine Perſon gehalten, und eben dieſelbe eintzige Perſon ſtellet auch ein Haus-Herr mit ſeinem Knechte vor. Was ſolchemnach ein Haus-Sohn oder Knecht verrichtet oder bewerckſtelliget, das wird nicht anders angeſehen, als hätte der Haus-Vater oder Haus-Herr ſolches ſelbſt verrichtet oder bewerckſtelliget. Allein dieſe Urſach iſt nur cauſſa remota: weil man ſonſten auch füglich dieſes daraus ſchlieſſen möchte, als wenn auch ein Haus-Vater wegen des Verbrechens ſeines

Haus-

Haus-Sohnes belanget werden dürffte, wie etwa ſolches in den alten Zeiten Rechtens war §. 7. *Inſtit. de noxal. action.* Jedoch weil ſich ſolches Recht nachhero verworffen hat; L. 4. §. 2. D. *quod cum eo, qui in al. poteſt. eſt; neg. geſt. eſſe dic.* ſo müſſen wir deswegen cauſſam proximam erforſchen: und da findet ſich, daß ſolche nach dem neuern Recht vierfach ſey. Es konnte nemlich ein Haus-Vater und Haus-Herr bei den Römern wegen eines mit dem Haus-Sohn oder Knechte geſchloſſenen Contrakts belanget werden, 1) wenn das Geheiß oder Befehl des Haus-Vaters oder Haus-Herrn desfalls vorher gegangen war. 2) Wenn ein Haus-Vater ſeinen Haus-Sohn, oder ein Haus-Herr ſeinen Knecht einem Handlungs-Geſchäffte vorgeſetzet hatte. 3) Wenn der Haus-Sohn oder auch der Knecht mit einem *peculio* von ihren Obern zu dem Ende verſehen worden waren, daß die Handlung davon beſtritten werden möchte; 4) Wenn ein Haus-Sohn oder Knecht dasjenige, was ſie aus einem Contrakte erworben, in des Haus-Vatern oder Haus-Herrn Nutzen verwendet hatten. Und hierauf gründen ſich alle diejenigen Klagen, welche in dieſem Titul abgehandelt werden. Gegenwärtiger Titul aber begreiffet ſechs Theile in ſich. Der erſte Theil handelt von der actione quod iuſſu §. 1207. ſequ. der zweite de actione exercitoria & inſtitoria. §. 1209 - 1215. der dritte de actione tributoria §. 1216 - 1218. der vierte de actione de peculio. §. 1219. ſequ. Der fünfte de actione in rem verſo. §. 1221. ſequ. Darauf folgt der ſechſte Theil de Senatusconſulto Macedoniano. §. 1223 - 1227.

§. 1207. 1208. Die erſte Klage iſt demnach actio *quod iuſſu*, und dieſe hat ihre Benennung von den Anfangs-Worten des edicti Prætoris überkommen. Das Wort iuſſus iſt von dem mandato ſehr unterſchieden. Denn ein mandatum iſt ein Contrakt, in welchem die ausdrückliche Einwilligung beider Contrahenten ſowol des mandantis, als mandatarii erfordert wird. Weil aber ein Haus-Vater und Haus-Sohn, ingleichen ein Haus-Herr und Knecht für eine Perſon gehalten werden (§. 1205.): ſo können dieſe unter ſich kein Vollmachts-Geſchäffte aufrichten. Iuſſus heißt ſolchemnach ein Geheiß oder Befehl, welchen die Eltern den Kindern und die Herren den Knechten ertheilen. Wenn nun ein Vater ſeinen Sohn oder ein Herr ſeinen Knecht einen Contrakt ſchlieſſen oder einen Handel treiben heiſſet: ſo iſt ſolches nicht anders anzuſehen, als ob Vater und Herr ſelbſt contrahiret und gehandelt hätten. Und in Anſehung deſſen verſtattete der Prætor wider dieſe letztern die actionem quod iuſſu. Solche hatten diejenigen anzuſtellen, mit welchen ſich ein Haus-Sohn oder Knecht auf Befehl und Geheiß des Vaters oder Herrn in einen Contrakt eingelaſſen hatten: und zwar ſo klagten ſie wider den Vater oder Herrn, auf deren Befehl Sohn

oder Knecht contrahiret hatte, oder belangeten auch wohl nach deren Tode ihre Erben, daß sie sich dem geschlossenen Contrakte gemäß bezeigen möchten, der auf des Vaters oder Herrn Geheiß zu stande gekommen war. §. 1. *Inst. h. t.*

§. 1209 - 1215. Hierauf folgen die actiones *exercitoria* und *institoria*. Und damit wir von denselben einen richtigen Begriff bekommen mögen: so müssen wir vorhero einige Wörter erklären, welche bei denselben vorzukommen pflegen. *Exercitor* wird demnach derjenige genennet, welcher ein Schiff ausrhedet oder ausrüstet, es mag ihm dasselbe eigenthümlich zugehören, oder er mag es nur gepachtet oder in Beschlag genommen haben: genug wenn derselbe das Einkommen davon zu geniessen hat, und den Namen eines Schiff- oder Aus-Rheders in der That führet. Wenn nun ein solcher Rheder jemand an seine Statt über das Schiff setzet und bestellet: so heisset dieser in Römischen Rechten *Magister navis*, er sey ein Haus-Vater oder Haus-Sohn, ein Knecht oder Eigenbehöriger, oder auch eines andern Knecht, oder ein freier Mensch, er sey minderjährig oder volljährig. L. 1. §. 1. 3. 4. 5. 16. D. *de exercitoria actione.* Bei uns pflegt man denselben Schiffs-*Factor*, oder auch Schiffs-Capitain zu nennen. Wenn ein Kaufmann hingegen jemand an seine Statt in sein Handlungs-Gewölbe, oder in das Waaren-Lager stellet, daß er in seinem Namen die Handlung führen soll, so heißt ein solcher vorgesetzter *Institor*, von dem verbo *instare*, welches wie das Griechische ἱστάναι soviel bedeutet, als Kaufmannschaft treiben, mit Waaren handeln. S. VOSSIVM *in Etymologico*, voce *Institor*. Nach unserer Art zu reden nennet man denselben einen Factor, Handlungs-Factor, und in den Apotheken *Provisor*, da andere hingegen, welche unter ihm stehen, nur Laden-Diener und Meßhelffer heissen, welche aber bisweilen mit dem Factor oder Provisor gleiche Befugniß haben. Auch hier ist nichts daran gelegen, wer derselbe sey, genug, wenn er seine Bestallung hat. L. 18. D. *de institoria actione.* Endlich und zuletzt mercken wir noch, daß sowol der magister navis, als auch institor bei seiner Bestallung entweder mündlich oder schrifftlich eine Vorschrifft erhält, wodurch ihm seine Obliegenheit wegen künfftiger Geschäffte und Waaren eröffnet wird: und solche wird in corpore iuris *Lex prapositionis* und bei uns die Instruction, bei den Niederländern aber de Commissie genennet. Da nun vor diesem ein Portugisischer Kauffmann ein Schiff nach Italien sendete, auf welches er einen Schiffs-Factor gesetzet hatte, mit dem sich die Italiener in Handels-Geschäffte einliessen; so konnten diese den Portugisischen Kaufmann keinesweges gerichtlich belangen: weil sie mit ihm keinen Contrakt geschlossen hatten. Deswegen geschahe es, daß der Römische Prætor auf

die

die natürliche Billigkeit sahe, und ihnen actionem exercitoriam gestattete. Hieraus erhellet demnach, daß diese Klage denen zustehe, welche mit einem Schiffs-Capitain einen Contrakt nach dem Maas seiner Instruktion geschlossen haben, und zwar stellen sie solche wider den Aus-Rheder des Schiffs zu dem Ende an, daß der Aus-Rheder dem mit dem Schiffs-Capitain eingegangenen Contrakt ein Genügen leiste. Sind aber bei demselben Schiff mehr als ein Aus-Rheder, die nemlich an dessen Einkünfften Theil nehmen: so findet diese Klage gegen einen jeden in solidum statt, da es denn auch hier heisset, uno solvente reliqui liberantur §. 2. *Inst. h. t.* Eben diese Beschaffenheit hat es auch mit der actione institoria. Denn derjenige, welcher sich mit einem Handels-Factor, der einem Gewölbe oder Waaren-Lager vorstehet, in einen Contrakt eingelassen hat, falls nur der Contrakt der vorgeschriebenen Instruktion gemäß ist, stellet solche Klage wider den Kaufmann, welchem der Factor bedienet ist, damit nemlich der Kaufmann solchem Contrakte die Erfüllung angedeien lasse, und der daraus entspringenden Schuldigkeit in allen Stücken genug gethan werde, §. *cit. Inst. h. t.* An beide Klagen haben wir zugleich einige Anmerkungen beigefüget, und zwar 1) daß es in der Kläger freien Willkühr stehe, ob sie lieber den Principal oder den Factor belangen wollen, weil die von dem Prætore ertheilte Klage die wider denjenigen, mit welchem man contrahiret hat, zustehende actiones directas nicht aufhebet. Jedennoch aber hat man sich hier wohl vorzusehen. Denn wer lieber wider den Factor solche Klage anstellen will, der muß solches bei Zeiten vornehmen, da der Factor noch wircklich bei seinem Principal in Diensten stehet: weil er sonst nachhero, da er Factor zu seyn aufgehöret hat, fernerhin weiter nicht gehöret werden kan, L. *ult.* D. *de institoria actione.* Denn hat ein solcher Mensch seine Rechnungen, Bücher und Schrifften einmal von sich gegeben und abgeleget, so ist weiter von ihm nichts zu erhalten. 2) Mercken wir, daß der Prætor diese beiden actiones denen zum Besten eingeführet habe, welche mit einem Factor einen Contrakt eingegangen sind; mithin geschiehet durch diese Klage den Aus-Rhedern und Kaufleuten, welche einen Factor in Bestallung genommen haben, kein Gefallen. Daher können zwar die Contrahenten die Aus-Rheder und Kaufleute damit belangen: allein diesen wird solches wider die Contrahenten nicht gestattet, ausser nur alsdenn, wenn sie sich auf keine andere Weise helffen können, L. 1. L. 2. D. *eod.* 3) Ist zu wissen, daß man mit diesen Klagen auf keinen Principal losgehen könne, wenn ein Factor Contrakte wider die gegebene Instruktion geschlossen, oder auch ein Verbrechen begangen hat. 4) Ist wohl zu mercken, daß heutiges Tages in den Niederlanden diese beide Klagen, im Fall ein Factor in den Diensten einer

Handlungs-Compagnie ſtehet, nicht gegen einen jeden inſonderheit in ſolidum, ſondern nur pro rata, ſo viel nemlich ſein Theil beträget, ſtatt finde. Siehe VINNIVM *ad* PETR. PECKIVM *de re nautica ad* L. 4. D. *de exercitoria actione.* Aber auf ſolche Weiſe geſchiehet es, daß, wenn z. E. drei Kaufleute, einer aus Amſterdam, der andere aus Rotterdam, der dritte aus Middelburg ein Schiff ausgerhedet und demſelben einen Capitain vorgeſetzet haben, mit welchem ein Spaniſcher Kaufmann einen Contrakt eingegangen iſt, dieſer in dreien Gerichten ſeine Klage anzubringen nöthig hat. Iſt aber dieſes der natürlichen Billigkeit gemäß, daß man die Fremden durch ſo viele und ſo ſchwere Proceſſe müde und mürbe machet? Nichts deſtoweniger wird ſolcher Rechts-Gebrauch von GROTIO inſonderheit vertheidiget, *de iure belli & pacis lib.* II. *cap.* XI. §. 13. allwo deſſen Worte alſo lauten: *Atque hinc etiam intelligi poteſt, exercitoriam & inſtitoriam, quæ non tam actiones ſunt, quam qualitates actionum, ipſo naturali iure niti. Adiiciendum hic eſt, male Romanis legibus introductum, ut ex facto magiſtri exercitores in ſolidum ſinguli tenerentur. Nam hoc nec naturali æquitati convenit, quæ ſatis habet, ſi pro ſuis ſinguli partibus conveniantur, nec publice utile eſt. Abſterrentur enim homines ab exercendis navibus, ſi metuant, ne ex facto magiſtri quaſi in infinitum teneantur. Atque adeo apud Hollandos, ubi mercatura pridem maxime viguit, & nunc & olim lex illa Romana obſervata non eſt: immo contra conſtitutum, ne exercitoria etiam univerſi amplius teneantur, quam ad æſtimationem navis, & eorum, quæ in navi ſunt.* Was iſt es aber Wunder, wenn ein Niederländer die Niederländiſchen Sitten und Gewohnheiten herausſtreichet. Es iſt hiernächſt kein Zweiffel, daß man dieſe beiden Klagen an ſolchen Oertern ungemein nutzen könne, wo man zu Waſſer und zu Lande Handlung und Kaufmannſchaft zu treiben gewohnt iſt: aber ob man ſich einen ſonderlichen Nutzen von der actione exercitoria in Teutſchland verſprechen könne, allwo man unſere vortrefflichen Flüſſe durch unerträglichen Schiff-Zoll faſt unſchiffbar gemachet hat, ſolches wird man durch wenig Beiſpiele aus der Erfahrung darthun können. Deſſen ungeachtet ſetzen wir den Fall, da jemand genöthiget würde wider einen Aus-Rheder zu klagen, ſo würde er ſeine Klag-Schrifft auf folgende Weiſe einzurichten haben: Ich habe mich vor ohngefehr neun Monat von Hamburg aus mit einem Schiff, der See-Hund genannt, welches auf *Ordre* des hieſigen Kaufmanns Albers abgegangen iſt, mit nach England begeben; da nun gemeldetes Schiff in mißliche Umſtände gerieth, ſo, daß wir, um daſſelbe ausbeſſern zu laſſen, in den Hafen zu *N.* einlauffen muſten: ſo wurde ich von deſſelben Schiff-Factor Arends um ein Darlehn von 200. Reichs-Thaler angeſprochen, die er auch

wircklich

wircklich von mir empfangen und auf das Schiff verwendet hat. Weil nun ohne dieſes Darlehn wir unſere Reiſe nicht hätten vollbringen können, und Beklagter Albers deſſen Bezahlung zu erſtatten verbunden iſt: ſo habe ich zwar deswegen Erinnerung gethan, aber in Güte bei ihm nichts ausrichten können. Derowegen ergehet mein gehorſamſtes Suchen dahin, Ew. Weißheiten wollen in Rechten erkennen und ausſprechen, daß Beklagter Albers die *queſt.* 200. Reichs-Thaler mit dem *intereſſe mora* und Erſtattung alles Aufwandes mir zu bezahlen ſchuldig ſey. Eine Inſtitorien-Klage aber würde auf folgende Weiſe eingerichtet werden müſſen: Aus beigehender Beilage *ſub Lit. A.* iſt zu ſehen, daß Gerhard Langgut, des Kauf- und Handelsmanns *Titii* Factor, vor ohngefehr 13. Monat für 1500. Reichs-Thaler Specerei-Waaren von mir erhandelt, und die Zahlung nach verfloſſenen zwei Monaten wircklich zu leiſten verſprochen hat. Wann nun die Abſendung ſolcher Waaren ungeſäumt geſchehen, und der Herr *Titius* allhier ſeinen Handlungs-Factor zu Erhandlung und Einkauffung ſolcher gelieferten Specerei-Waaren überhaupt und *generaliter* beordert hat: ſo habe ich mich zwar wegen der nicht geſchehenen Zahlung zu unterſchiedenen Zeiten bei demſelben durch Brieffe gemeldet, und auf meine Befriedigung gedrungen, aber doch nichts in Güte von ihm erhalten können. Solchemnach bitte ich gehorſamſt, in Rechten zu erkennen und auszuſprechen, daß Beklagter *Titius* die durch ſeinen Factor mir ſchuldig gewordene 1500. Reichs-Thaler Kauf-Gelder *cum uſuris* ſeit der Verabſäumung bezahlen müſſe.

§. 1216 - 1218. Hierauf folget actio tributoria, welche zwar ehemals bei den Römern viel fruchten konnte, bei uns aber keinen ſonderlichen Nutzen hat. Denn wenn bei den Römern ein Haus-Sohn mit ſeinem peculio profectitio eine Handlung getrieben hatte, wobei er in Schulden gerathen war, und die creditores auf ihre Bezahlung drungen: ſo hatten ſie ſich nicht bei dem Richter, ſondern bei dem Vater, als ordentlichem Haus-Richter, mit ihrer Klage zu melden. Dieſer war alſo verbunden, die von dem peculio annoch vorhandene Waaren, nicht aber das peculium ſelbſt, unter die Gläubiger, ſo viel ein jeder Theil daran hatte, auszutheilen: und ſolche Mühwaltung nennete man tribuere. Nun trug es ſich gar oft zu, daß ein ſolcher Vater unbillig war, und die Austheilung nicht nach dem Maaß der Billigkeit vollſtreckete, ſondern dem einen mehr, dem andern weniger zuwarf: deswegen wurde in dieſem letztern Fall den Gläubigern die actio tributoria geſtattet. Es ſtund dahero eine ſolche Klage einem jeden

verkürzten Gläubiger zu, mit welchem man bei Austheilung derer in dem peculio eines Haus-Sohnes oder Knechtes befindlichen Waaren unbillig umgegangen war; und zwar so klagte ein solcher wider den Vater oder den Herrn, welcher bei der Theilung die Billigkeit nicht vor Augen gehabt hatte, daß er solche Waaren nach dem Maaß des Antheils eines jeden austheilen solte, §. 3. *Inſt. h. t.* Aber wem ist unbekandt, daß sich ein solcher Fall bei uns nicht leicht zutragen könne. Unsere Söhne und Knechte erhalten von ihren Vätern und Herren gar selten ein peculium, womit sie eine Handlung anfangen können. Stellen sie auch eine Kauff-Handlung an: so richten sie auch ihre eigene und besondere Haushaltung ein, und entledigen sich dadurch stillschweigender Weise derjenigen Gewalt und Botmäßigkeit, welche ein Vater oder Herr bishero, doch nur nach natürlichen Gesätzen, und keinesweges im Römischen Verstande, über sie auszuüben befugt gewesen ist. (§. 1099.) Zu dem ist ja jederman wissend, daß bei entstandenem concurſu creditorum, keinesweges ein Vater oder Herr, sondern allemal der Richter die in einem peculio befindliche Waaren auszutheilen berechtiget sey.

§. 1219. 1220. Die fünfte Klage adiectitiæ qualitatis ist actio *de peculio*. *Peculium* wird diejenige Habseligkeit genennet, welche ein Sohn oder Knecht für sich besonders besitzet, ohne daß ein Vater daran Theil zu nehmen hat (§. 473.). Da aber solches in Ansehung des Sohnes unterschiedlich und vielerlei ist, und ein anderes *militare*, ein anderes *paganum* heißt; das militare entweder *caſtrenſe* oder *quaſi caſtrenſe* seyn kan; dieses letztere aber wiederum in *profectitium* und *adventitium* unterschieden ist: so haben wir zu mercken, daß allhier nur von dem profectitio peculio die Rede sey, als welches ein Sohn von seines Vaters Vermögen überkommen hat. Wenn demnach ein Vater seinem Sohn, oder ein Herr seinem Knecht eine solche besondere Habseligkeit oder peculium ertheilet hat, daß er damit einen Handel treibe; und ein Sohn oder Knecht machet dabei Schuld, alsdenn können sich die Gläubiger, welche wegen eines vorgegangenen Contrakts an dem Sohne oder Knechte eine Forderung haben, vermittelst dieser Klage de peculio wider den Vater oder den Herrn, wie auch wider deren Erben so weit Hülffe schaffen, als etwa in dem peculio annoch vorhanden ist. §. 4. *Inſt. h. t.* Ein Vater und Herr wird also so viel zu bezahlen angehalten, als er zur Zeit von dem peculio in Händen hat. Hat er aber nichts, so wird ihm auch nicht zugemuthet, etwas zu bezahlen. Und hieraus ist nunmehro leichtlich abzunehmen, warum wir oben (§. 1197.) diese Klage mit unter diejenigen gezogen haben, vermittelst welcher man minus quam ſolidum zu erhalten pflege. Uebrigens ist um eben der Ursache willen, welche

wir

wir kurtz vorhero bei der actione tributoria angegeben haben, leicht zu schliessen, daß auch diese Klage de peculio bei uns keinen sonderlichen Nutzen stifften könne. Gesätzt aber, daß heutiges Tages noch ein Vater seinem Sohne oder ein Herr seinem Knecht ein peculium besagtermaassen anvertraue: so ist kein Zweiffel, es werden die Gläubiger, welche mit einem solchen Sohne oder Knechte contrahiret haben, noch jetzt diese Klage zu gebrauchen befugt seyn, wiewol sich solches mit unsern Knechten schwerlich zutragen wird.

§. 1221. 1222. Die letzte Klage, welche hierher gehöret, ist actio *de in rem verso*. Die Redens-Art *in rem verti* bedeutet so viel, als bei uns **zum Besten oder zum Nutzen angewendet und verwendet werden**: dahero verstehet sich nun, was für ein Fall vor dieser Klage hergegangen seyn müsse. Es hat nemlich ein Haus-Sohn oder Knecht zwar ohne Geheiß des Vaters oder Herrn einen Contrakt geschlossen, durch dessen Schliessung aber des Vaters oder Herrn Haabe oder Gut vermehret worden ist: es mag einer von beiden obern entweder die Sache aus dem Contrakt selbst erhalten haben, oder es mag dadurch geschehen seyn, daß ihres Geldes dabei hat geschonet werden können, z. E. ein Sohn nimt bei mir ein Darlehn auf, und bezahlet damit seine Studier-Stube, auf welcher er zur Miethe wohnet, oder aber er kaufft in der Auction Bücher, und übersendet solche seinem Vater, ohne selbige baar zu bezahlen, ob sie gleich gut zu nutzen seynd. Weigerte sich nun der Vater, dergleichen Gelder abzutragen: so würde er sich wider die Billigkeit vergehen, indem er mit anderer Leute Schaden reicher werden, und dasjenige nicht bezahlen wolte, wozu er nach dem Recht der Natur verbunden ist. Dannenhero wurde der Prætor zu Rom in solchen und dergleichen Fällen den Gläubigern wider den Vater oder Herrn actionem de in rem verso zu verstatten aus natürlicher Billigkeit bewogen, daß er so viel zu erlegen angehalten wurde, als zu dessen Nutzen ein Gläubiger vorgeschossen hatte. §. 4. *Inst. h. t.* Es gehet aber diese Klage, falls das gantze Darlehn zu eines Nutzen angewendet ist, auf die gäntzliche Erstattung der Schuld, widrigenfalls aber kan nur so viel damit eingeklaget werden, als der durch ein Darlehn gestiffte Nutzen erweislich ist. L. 3. §. 9. D. *de in rem verso*. Hieraus ergiebt sich von selbst, daß man diese Klage auch bei uns mit gutem Nutzen in gedachten Fällen gebrauchen könne. Will also ein Gläubiger sein Suchen gerichtlich anbringen: so gründet er sich hauptsächlich auf die versionem in rem desjenigen, für den ein Contrahent gleichsam negotiiret hat, L. 11. D. *eod.* Die Klag-Schrifft würde solchemnach folgendergestalt abzufassen seyn: **Es hat des Herrn Schraders Sohn, Namens Christian Schrader, währender Reise seines Vaters,**

daer

da er zu Franckfurt am Mayn die Oſter-Meſſe abzuwarten hatte, das den Einfall drohende Seiten-Gebäude unterſtützen, und das gantze unterſte Stockwerck wiederum in guten Stand ſetzen laſſen, wozu ich ihm 200. Thaler als ein Darlehn vorgeſchoſſen habe. Ob nun gleich ſolcher Bau zu des beklagten Schraders Beſten geſchehen, und mithin ſolches Geld zu deſſen Nutzen verwendet worden iſt; daher er auch daſſelbe aus natürlicher Billigkeit wieder zu erſtatten hat: ſo hat er doch bis jetzo in Güte dazu nicht gebracht werden können. Dieſemnach werde ich genöthiget richterliche Hülffe zu ſuchen, und gehorſamſt zu bitten, dieſelben wollen in Rechten erkennen und ausſprechen, daß der Beklagte die *quæſt.* 200. Thaler nebſt dem *Intereſſe moræ* bezahlen müſſe. So lautet demnach actio de in rem verſo directa: es giebt aber auch actionem de in rem verſo utilem, welche in den Fällen ſtatt hat, wenn ein Vorſchuß an ſolche Perſonen zu eines andern Beſten geſchehen iſt, welche ſui iuris ſind, und jemandes negotia ausgeführet haben. Bei dieſer nun iſt der Grund dieſer Klage, und das Suchen derſelben mit jener einerlei, und folglich gar leicht darnach einzurichten.

§. 1223 - 1227. Es wird hier als ein Anhang, das Senatusconſultum Macedonianum abgehandelt; nach welchem uns zwar keine Klage geſtattet wird, ſondern nach deſſen Verordnung wir uns in den bürgerlichen Rechten wider die Anforderung unbilliger Gläubiger ſchützen können: da nemlich man als Vater oder Sohn von demſelben gerichtlich belanget wird, eine zwar nach dem Natur-Geſätz rechtmäſſige, aber in den bürgerlichen Geſätzen für unrechtmäſſig erklärte Schuld-Forderung zu bezahlen. Auf daß wir nun dieſe ſehr nützliche Rechts-Lehre ordentlich und deutlich abhandeln mögen, ſo wollen wir dabei vier unterſchiedene Stück in Erwegung ziehen. 1) Woher dieſes Senatusconſultum ſeinen Urſprung habe. 2) Was deſſen Verordnung in ſich enthalte. 3) Was wir dabei für axiomata zu mercken haben, und 4) was daraus für Rechte flieſſen. Was nun erſtlich deſſelben Urſprung anbelanget, ſo ſind SVETONIVS *in Veſpaſiano cap.* 11. und TACITVS *Annalium lib.* XI. *cap.* 13. unterſchiedener Meinung. Denn jener bezeuget, es ſey das Senatusconſultum Macedonianum unter der Regierung des Keiſers *Veſpaſiani* entſtanden; dieſer hingegen ziehet daſſelbe auf die Zeiten des Keiſers *Claudii*: beide aber können der Wahrheit gemäß geſchrieben haben, und daher gar leicht zu einer Uebereinſtimmung gebracht werden. Diejenige Verordnung nemlich, welche unter *Claudio* zu Stande kam, hat gar leicht unter *Veſpaſiano* erneuert werden können: oder es hat *Veſpaſianus*, da er zum erſtenmale Römiſcher

Conſul

Consul war, welches unter der Regierung *Claudii* geschehen ist, dem gantzen Römischen Rath die Bewerckstelligung dieses Senatusconsulti öffentlich vorgetragen, wie solches PETRVS FABER *Semestrium lib.* I. *cap.* 25. p. 142. gar wohl vermuthet. Allein von grösserer Wichtigkeit ist der Streit der Gelehrten, wenn die Frage aufgeworffen wird, wer eigentlich zu diesem Senatusconsulto Anlaß und Gelegenheit gegeben habe. Denn man hält gemeiniglich dafür, wie ich auch in §. 1223. berühret habe, daß der unverschämte Wucherer *Macedo* geheissen habe, von welchem die Haus-Söhne unter den beschwerlichsten Zinsen Geld aufgeborget hätten. Da nun einem gewissen Haus-Sohne der Vater allzu lange zu leben geschienen habe, daß er wohl dabei hätte abnehmen können, es würde mit der Zeit das gantze väterliche Erbtheil zu Bestreitung der Zinsen nicht zureichen; so sey derselbe auf die Gottlosigkeit verfallen, seinen leiblichen Vater mit Gifft hinzurichten: und durch dieses verruchte Beispiel sey der Keiser zu Errichtung dieses Senatusconsulti beweget und veranlasset worden. Hingegen schreibet THEOPHILVS in seiner *Paraphrasi* §. 7. *Inst. h. t.* daß keinesweges der unverschämte Wucherer, sondern der Haus-Sohn, von dem die besagte Unthat geschehen ist, den Namen *Macedo* geführet habe, mithin scheinet THEOPHILVS hierbei einen gewaltigen Irrthum zu begehen. Bei dem allen aber erhellet aus den Worten L. I. *princ.* D. *de SCto Macedoniano*, es habe THEOPHILVS allerdings der Wahrheit gemäß geschrieben. Denn die Worte L. *cit.* lauten folgendergestalt: *quum inter ceteras sceleris causſas Macedo, quas illis natura administrabat, etiam æs alienum adhibuisset.* Hierbei mercken wir vor allen Dingen, daß die Benennung æs alienum allemal auf den Schuldner, und keinesweges auf den creditorem zu ziehen sey, L. 213. D. *de Verbor. Signif.* mithin ist hieraus klar und leicht abzunehmen, daß nicht der Wucherer, sondern der ruchlose filius familias, welcher solches Geld erborget hatte, *Macedo* geheissen habe. Hiernächst lautet es in L. *cit.* I. ferner: *& sæpe materiam peccandi malis moribus præstaret, qui pecuniam (ne quid amplius diceretur) incertis nominibus crederet*, &c. welche Worte auch die grösten Rechtsgelehrten zu der ungereimten Meinung veranlasset haben, daß, da diese mit den vorhergehenden Worten zusammen hingen, der Name *Macedo* nicht den debitorem filium familias, sondern den ehrlosen Wucherer, als creditorem andeutete, wie denn insonderheit ALEXANDER CHASSANAEVS *ad Paratitla in Digesta* des grossen CVIACII *Tit. de SCto Macedon.* p. 124. CVIACIO in gedachter irrigen Meinung Beifall giebet, und dieses zu behaupten selbst L. I. *cit.* zu Hülffe rufft. Es ist aber handgreiflich das Widerspiel daraus zu nehmen, wenn man nur die Worte des Gesätzes etwas genau betrachtet, und durch einen kleinen Zusatz demsel-

ben zu Hülffe kommt, da sie denn hauptsächlich also lauten: *Quum inter ceteras sceleris caussas Macedo, quas illi natura administrabat, etiam æs alienum* (a foeneratore) *adhibuisset; & (quum fœnerator) sæpe materiam peccandi malis moribus præstaret, qui* (fœnerator) *pecuniam, ne quid amplius diceretur, incertis nominibus crederet: placere* &c. Solchemnach hat THEOPHILVS die Sache gar wohl getroffen, und man muß ihm in dieser Sache das Recht wiederfahren lassen, daß er von Rechtswegen der Beschuldigung eines so gröblichen Irrthums gantz und gar zu entledigen sey. Wir wenden uns **zweitens** zu der Verordnung des SCti Macedoniani selbst, als welche darinn bestehet, daß 1) derjenige, welcher einem filio familias Geld vorgestrecket hat, weder bei Lebzeiten des Vaters, noch auch nach dessen Tode wider den Vater oder den Sohn zu Wiedererlangung des mutui eine Klage anzustellen befugt seyn solle. 2) Daß ein Vater oder Sohn, im Fall ein Wucherer Geld vorgestrecket hätte, und einen von beiden deswegen belangete, die exceptionem SCti Macedoniani zur Entkräfftung solcher Klage vorwenden könne. Die eigentliche Verordnung dieses SCti lesen wir in L. 1. *princ.* D. *de SCto Macedoniano*, und aus derselben ziehen wir **drittens** folgende drei axiomata: a) Man hat dieses SCtum nicht in gratiam filii, sondern in gratiam patris eingeführet. Denn ein Sohn, welcher hinter seines Vaters Rücken, und also ohne dessen Bewilligung ein Darlehn aufgenommen hat, verdienet keinen favorem legis, wohl aber dessen Vater: als welchem die Last auf die Schultern fallen würde, solche von seinem Sohn gemachte Schulden zu bezahlen, da ein Sohn für sich keine eigenen Mittel hat. b) Dieses SCtum gestattet eine Exception, soferne nemlich die Bezahlung gedachter Schuld noch nicht geschehen ist, keinesweges aber eine Klage, vermittelst welcher man das gezahlte, als ein indebitum, wieder zurückfordern könnte. Denn ob man gleich zum Abtrag einer solchen Schuld civiliter nicht angehalten werden kan; so ist es doch als eine natürliche Verbindlichkeit anzusehen, daß man das Erborgte erstattet: mithin, da dessen Abtrag geschehen ist, so stehet uns lex civilis nicht bei, die Zahlung vermittelst einer Klage wieder zu suchen. L. 13. 19. 38. D. *de condictione indebiti.* c) Das SCtum Macedonianum gehet nur allein auf das mutuum oder verbräuchliche Darlehn, und ist keinesweges auf Kauff, Miethe und dergleichen contractus zu ziehen: ja es läßt sich nicht einmal auf ein jegliches mutuum deuten, da man z. E. Oel, Wein und andere verbräuchliche Sachen vorgestrecket hat, sondern es ist nur damit auf gelehntes Geld angesehen, als welches solche junge debitores zum Auffenthalt ihres liederlichen Lebens nöthig zu haben pflegen, wie auch am allerleichtesten mißbrauchen können. Nun wollen wir **viertens** auch die daraus fliessenden Rechte und Folgerungen betrachten.

1) Da

1) Da man dieſes Senatusconſultum allein dem Vater zu gefallen eingeführet hat: ſo folget, a) daß ein Sohn der daraus geſtatteten exceptioni nicht entſagen könne, L. 29. *Cod. de pactis*, L. 4. D. *de condict. indeb.* ſo lange nemlich der Vater noch am Leben iſt: weil man nach deſſen Tode hieran nicht zweifeln mag, daß ein Sohn entweder ſtillſchweigender Weiſe, oder ausdrücklich ſein Recht zu vergeben befugt iſt; b) daß hingegen der Vater ſeinem Recht ſowol ausdrücklich, als ſtillſchweigend entſagen könne: weil dieſes jedermann erlaubet iſt. L. 13. D. L. 2. *Cod. de SCto Macedon.* c) Daß die Einwendung des SCti Macedoniani, im Fall der Sohn das aufgenommene Geld zum Nutzen des Vaters angewendet hat, keine ſtatt finde; L. 7. §. 12. D. *eod.* weil es wider die Billigkeit lauffen würde, wenn ſich ein Vater dieſes Hülffs-Mittels dergeſtalt mißbrauchen wollte, daß er ſich mit anderer Leute Schaden bereichern möchte; d) daß ſich ein Sohn dieſer Einwendung nicht bedienen kan, wenn er ein peculium caſtrenſe oder quaſi caſtrenſe beſitzet, (§ 478. I.) L. 1. §. 3. L. 2. D. *eod.* weil er in Anſehung deſſen einen patrem familias, keinesweges aber einen Haus-Sohn vorſtellet, als welchem dieſes Senatusconſultum eigentlich zu ſtatten kommt. e) Daß auch ein Haus-Sohn dieſer rechtlichen Wohlthat um ſo mehr unwürdig iſt, je größere Unverſchämtheit er damit begangen, daß er ſich für einen Haus-Vater ausgegeben, und die Gläubiger auf ſolche Weiſe hinter das Licht geführet hat, L. 1. *Cod. eod.* Weil die Gefährde und Untreu ſeinen eigenen Herrn ſchläget, oder quia dolus nemini patrocinatur. f) Daß der Schuldner, welchen der creditor für einen Haus-Vater angeſehen hat, in dem SCto Macedoniano keinen Schutz findet. L. *pen.* D. *eod.* nur muß der creditor in einer ſolchen Unwiſſenheit geſtanden haben, bei welcher man ihn keiner Nachläſſigkeit beſchuldigen, noch auch einer Verſtellung bezüchtigen kan. Denn wenn z. E. ein Schuldner nicht in entfernten Landen zu Hauſe iſt: ſo iſt es kaum wahrſcheinlich zu machen, daß ein creditor die Umſtände ſeines Schuldners nicht habe erkundigen können; g) Daß ein volljähriger oder majorennis filius familias einem Minderjährigen oder Pupillen die Einwendung dieſes Senatusconſulti nicht entgegen ſtellen könne L. 3. §. 2. D. *eod.* theils weil ſich die privilegirten Perſonen der ebenmäſſigen ertheilten Rechts-Wohlthaten wider einander nicht gebrauchen noch anführen mögen, theils weil auch die Vermuthung für einen ſolchen Minderjährigen oder Unmündigen von Rechtswegen gemachet wird, daß er nicht gewuſt habe, wie ſein Schuldner annoch unter väterlicher Gewalt ſtehe. Eine ſolche Unwiſſenheit aber, falls ſie erhärtet werden kan, wird in unſern Rechten allemal entſchuldiget. L. 19. *princ.* D. *de Reg. Iur.* L. 1. *Cod. de SCto Macedoniano.* Da hiernächſt 2) laut des andern Lehr-Satzes dieſes Senatusconſultum keine

Klage, und nur eine exceptionem verſtattet: ſo folget hieraus, h) daß weder der Vater noch der Sohn condictionem indebiti anſtellen könne, im Fall einer von beiden durch Wiederbezahlung des Darlehns den Gläubiger befriediget hat: L. 40. D. *de condict. indeb.* L. 10. D. *de SCto Maced.* Wir dürffen die Urſach hiervon nicht weit ſuchen: weil α) die condictio indebiti bei einer ſolchen Zahlung, welche man aus natürlicher Schuldigkeit abgetragen hat, nichts ausrichtet. (§. 988. ſequ.) Daß aber ein Sohn zum Abtrag eines erborgten Darlehns nach dem Geſätz der Natur verbunden ſey, ſolches wird ein jeder vernünftiger Menſch eingeſtehen müſſen; β) die condictio indebiti findet nur alsdenn ſtatt, wenn eine Zahlung ex errore facti geſchehen iſt (§. 987.): Aber wenn ein Vater oder Sohn die exceptionem SCti hintanſetzet, ſo zahlen ſie nicht ex errore facti, ſondern ex errore iuris, weswegen ſie ſich auch keiner Hülffe zu getröſten haben. (§. 988.) 3) Weil endlich nach Maaßgebung des dritten axiomatis dieſes Senatusconſultum nicht vorgeſchützet werden kan, falls man kein mutuum geſchloſſen, noch auch Geld erborget hat: ſo wird hieraus billig geſchloſſen, i) daß dieſe Einwendung um ſo viel weniger ſtatt finden kan, wenn man jemanden zu rechtmäſſigen Dingen und auf eine rechtmäſſige Weiſe Geld vorgeſchoſſen hat, L. 7. §. 13. D. *de SCto Macedon.* weil alsdenn das geliehene Geld zu des andern Beſten verwendet zu ſeyn geglaubet wird; k) daß man mit dieſer Exception nicht fortkommen kan, wenn man uns kein baares Geld, ſondern Bücher, und dergleichen Sachen geliehen hat, und muß ſolches nicht aus Gefährde und zum Nachtheil des SCti geſchehen ſeyn. L. 7. §. 3. D. *eod.* Denn wer wollte zweifeln, daß derjenige auf eine heimtückiſche Weiſe widerrechtlich handele, wenn er einem filio familias, der ihn Geld vorzuſchieſſen erſuchet, Bücher oder andere Geldes werthe Sachen übergiebet, und zwar zu dem Ende, auf daß er ſich durch Verkauffung ſolcher Dinge Gelder zuwege bringen möge? L. 30. D. *de Legibus* L. 6. §. 1. D. *de Verb. ſignif.* was aber wider die Geſätze läufft, das iſt nicht Rechts beſtändig, und mithin ungiltig, L. 5. *Cod. de Legibus.* Wir mercken zuletzt noch hierbei, daß dergleichen widerrechtliches und liſtiges Darlehn bei den Alten *contractus mohatra* genennet wird. Man gebrauchte ſich deſſen dergeſtalt, daß ein Verkäuffer die Waaren den Geld-Bedürfftigen für einen hohen Preis überließ, z. E. ein Stück Tuch für 50. Thaler nach verfloſſenen Jahr bezahlet zu nehmen, welches an ſich nur 30. Thaler werth war: als mit welchen Verfahren man abſonderlich in den mittlern Zeiten den höchſtſtraffbaren Zinſen-Wucher zu beſchönigen ſuchte. STRYKII *Cautela contractuum Sect.* II. *cap.* 1. §. 31.

Tit. VIII.
De Noxalibus Actionibus.

§. 1228 - 1231.

Die in dem vorhergehenden Titul abgehandelte Klagen entstehen ex contractibus filiorum familias: aber diejenigen Klagen, welche nunmehro folgen, entstehen aus dem Verbrechen derselben, und heissen *noxales*. Absonderlich wurden solche actiones noxales bei den Römern gestattet, wenn ein Sohn oder Tochter, die noch unter väterlicher Gewalt stunden, oder auch die Knechte durch Begehung eines Verbrechens Schaden verübet hatten, weswegen sich ein anderer zu beschweren berechtiget war (§. 138. III.) §. 7. *Inst. h. t.* Nachdem aber *Iustinianus* die Haus-Kinder zur Vergeltung des angerichteten Schadens auszuliefern verboten hat: so gehörten diese Klagen nur zu den Verbrechen der leibeigenen Knechte. Und damit wir dieselben desto deutlicher erkennen mögen: so betrachten wir 1) die Natur und Beschaffenheit dieser actionum noxalium. §. 1228 - 1231. 2) Wider wen dieselben gestattet wurden. §. 1232. seq. 3) Ob man solche Klagen noch heutiges Tages nutzen könne. §. 1234. Die actiones noxales haben ihre Benennung von dem Wort noxia, welches einen jeglichen von einem Knecht zugefügten Schaden andeutet. (§. 1080.) Es wird aber in dem §. 1. *Inst. h. t.* ein Knecht selbst noxa genennet, welcher einen Schaden angerichtet hat, wiewol dergleichen Wörter und Benennung auch von andern Dingen ohne Unterscheid gebrauchet werden. Solchemnach heißt actio noxalis diejenige Klage, welche denen zustehet, die von eines andern Knecht einen Schaden erlitten haben: und zwar konte dieselbe wider einen jeden Besitzer des schädlichen Knechts alternative angestellet werden, daß entweder der Schaden gut gethan, oder der Knecht zur Bezahlung des Schadens herausgegeben werden möchte, *princ. Inst.* L. 1. *princ.* D. *h. t.* Die Beschaffenheit dieser Klage anbetreffend, so bestehet solche vornemlich darin, 1) daß sie gleichfalls eine actio qualitatis adiectitiæ ist, und so viel besondere Klagen unter sich begreiffet, als es delicta und quasi delicta giebet. Wenn daher ein Knecht einen Diebstahl begangen hatte; so stellte der Bestohlene noxalem actionem furti an; hatte er jemanden geschmähet: so hieß die actio noxalis iniuriarum. u. s. w. 2) Daß dieses eine actio in rem scripta gewesen sey. (§. 1146.) Denn §. 5. *Inst. h. t.* heisset es *noxa caput sequitur*, d. i. man belanget wegen des zugefügten Schadens den jetzigen Besitzer des Knechts. Wer dannenhero den schädlichen Knecht tempore litis contestationis

tionis im Beſitz hatte, wider denſelben ſtellte man actionem noxalem an; wurde aber der Knecht freigelaſſen: ſo belangete man den Knecht ſelbſt directe ex delicto, welches er begangen hatte, keinesweges aber noxaliter, L. 15. D. *de condict. furtiva.* L. 4. *Cod. an ſerv. pro ſuo facto.* Hingegen wenn der Knecht gar mit Tode abgegangen war; ſo konnte man gar keine Klage anſtellen, quia non aderat caput, quod noxa ſequi poſſet.

§. 1232. 1233. Aus der Beſchreibung dieſer Klage nun erhellet zur Genüge, wider wen ſolche Klagen geſtattet worden ſind, nemlich wider den Herrn des ſchädlichen Knechts. Denn die ſogenannten Decemviri hatten die natürliche Billigkeit dergeſtalt vor Augen, daß weil ein Haus-Herr allen Genuß von dem Knecht hatte, derſelbe auch den Schaden tragen ſollte, wenn der Knecht jemanden Schaden zugefüget hatte. Da es aber dennoch leicht geſchehen konnte, daß die Straffe den Werth des Knechts überſteigen mochte, ſo verordneten gedachte Decemviri, daß man einem Domino die Freiheit laſſen müſſe, entweder den Schaden zu erſtatten, oder aber dafür den Knecht ſelbſt auszuantworten. Der Herr von Pufendorf hat ſolches für ſo billig angeſehen, daß er meinte, eine jede actio noxalis ſey aus dem natürlichen Recht herzuleiten. Wenn nun gefraget wird, ob dergleichen Klage, im Fall ein Haus-Sohn Schaden angerichtet hat, auch wider den Haus-Vater ſtatt gefunden habe: ſo haben wir bereits oben darauf mit Ja und Nein geantwortet. Denn nach dem alten Recht hatte es ſeine Richtigkeit: weil die Eltern ihre Kinder zur Erſtattung eines verübten Schadens auszuliefern befugt war. Da aber *Iuſtinianus* nachher ſolches verboten hatte: ſo fiel auch dieſe Klage wider die Eltern übern Haufen. Und wenn dahero ein Sohn durch ein Verbrechen Schaden verübte: ſo wurde er ſelbſt belanget, und nach dem Maaß ſeines Verbrechens verurtheilet. Hatte er nichts, womit er den Schaden vergüten konnte; ſo fand die actio iudicati de peculio wider den Vater ſtatt, daß er nemlich den Schaden mit ſo viel Gelde bezahlete, als ſich das peculium des Sohnes belief, L. 3. §. 11. D. *de peculio.* Man möchte aber einwenden, daß die actio de peculio ex delicto nicht geſtattet worden ſey L. 58. D. *de Reg. Iur.* aber hierauf haben wir bereits oben (§. 1119. ſchol.) geantwortet.

§. 1234. Ob endlich dieſe Klagen noch heutiges Tages Nutzen haben, ſolches verneinen wir ſchlechterdings. Denn 1) wenn unſere Lohn- und Dienſt-Bothen jemand ſchädlich geweſen ſind; ſo werden ſie wegen ihrer eigenen Verbrechen ſelbſt belanget und beſtraffet: 2) Begehen die eigenbehörigen Leute eine ſchädliche Uebelthat, ſo werden ſie gleichfalls ſelbſt mit der gebührenden Straffe angeſehen, und falls ſie nichts zu bezahlen haben, müſſen dieſelben ihren Rücken darbiethen und Streiche leiden: 3) iſt überhaupt

haupt zu mercken, daß wir keine Knechte im Römischen Verstande halten, durch welche wir alles, was sie verdienen, uns zu Nutze machen können. Da wir nun deren Genuß nicht haben: so folget von sich selbst, daß wir auch des Verdrusses überhoben bleiben müssen, für die schädliche Verbrechen unserer Bedienten zu stehen, oder sie gar dem beleidigten Kläger zur Vergeltung des Schadens zu überlassen.

Tit. IX.

Si Quadrupes Pauperiem Fecisse Dicatur.

§. 1235 - 1238.

Es folgen endlich auch diejenigen Noxal-Klagen, welche sich auf einen solchen Schaden gründen, der von unsern Vieh und Thieren entstanden ist. Es werden aber derselben allhier drei abgehandelt, 1) actio de pauperie, §. 1235 - 1238. 2) actio de pastu pecorum, §. 1239. 3) actio ædilitia de bestia iuxta viam, §. 1240. und 4) wird der heutige Rechts-Gebrauch beigefüget. § 1241 - 1243. Die *actio de pauperie* hat demnach ihre Benennung daher, weil ein jeder von einem quadrupede entstandener Schade pauperies genennet wird, (§. 1080.) dabei man dieses noch zu mercken hat, daß der angerichtete Schaden gantz wider die Natur und Beschaffenheit des Thieres seyn muß, *princ. Inst. h. t.* L. 1. §. 4. *h. t.* Also schlagen z. E. nicht alle Pferde aus; und wenn ein Pferd ausgeschlagen hat, wodurch ein Schaden entstanden ist: so heißt derselbe damnum contra naturam generis sui, und deswegen wird die actio de pauperie gestattet. Aber solches ist auch nicht hinlänglich: weil über dieses noch erfordert wird, daß ein Zug- und Last-Vieh von freien Stücken, und ohne dazu gereitzet zu werden, solchen Schaden angerichtet hat. Denn wenn ein von demselben verletzter Mensch dasselbe dazu aufgebracht hat: so ist er keinesweges befugt, deswegen eine Klage anzustellen, und die Vergütung des Schadens zu verlangen. Hat aber ein anderer dasselbe angereitzet, daß es mir Schaden zugefüget hat: so kan ich wider denselben die Klage ex L. Aquilia anstellen, L. 1. §. 4. D. *h. t.* Hingegen wenn uns dergleichen Thier von freien Stücken schädlich gewesen ist; so stehet uns die actio de pauperie zu: als welche ebenermaassen in den LL. XII. *Tabb.* gestattet wird. Diese Klage kömmt dannenhero dem Beschädigten oder auch demjenigen zu, cuius interest, und zwar wider einen jedweden Besitzer des schädlichen Last-Thieres; weil sie actio in rem scripta

ſcripta iſt. (§. 1146.) Sie wird zu dem Ende angeſtellet, damit der Beklagte entweder den Schaden vergüte, oder an deſſen Statt ihm das Thier ausliefere, L. 1. *princ.* L. 3. D. *h. t. princ. Inſt. eod.* Solchergeſtalt iſt demnach dieſe Klage a) noxalis: weil alternative geklaget wird. b) Iſt ſie von ſolcher Beſchaffenheit, daß, wenn ein Beklagter vorgiebt, das Thier gehöre ihm nicht zu, der Schade ſchlechterdings erſetzet werden muß, und mithin der Schaden durch die bloſſe Auslieferung des Thieres nicht gut gethan werden kan, L. 1. §. 15. D. *h. t.* Was nun die Klag-Schrifft hierbei anbetrifft, ſo würde ſolche folgendergeſtalt abzufaſſen ſeyn: Es hat ſich meines Nachbars *Titii* Hengſt vor wenig Tagen, da er denſelben in ſeinen Garten gelaſſen, durch den Zaun in meinen Hof gedrungen, da ich nebſt meinen Leuten im Felde geweſen bin. Weil nun eben mein Küh-Stall aufgeſtanden hat: ſo iſt der Hengſt hinein gegangen, und hat mir die daſelbſt ſtehenden Kühe und Kälber vor der Krippen dermaaſſen übel zugerichtet, daß der einen Kuh das Bein morſch entzwei, wie auch drei Kälber ganz zu nichte geſchlagen ſind, daß das eine bald darauf gar zu Tode gekommen iſt, wodurch ich mithin groſſen Schaden leide. Da nun *Titius*, als eigenthümlicher Beſitzer gedachten Hengſts dafür zu ſtehen ſchuldig iſt, und er mir in Güte keine Genugthuung leiſten will: ſo werde ich genöthiget, gerichtliche Hülffe zu ſuchen. Solchemnach bitte ich gehorſamſt in Rechten zu erkennen und auszuſprechen, daß Beklagter *Titius* mir entweder allen Schaden vergüten, oder gedachten Hengſt an ſtatt der Bezahlung ausantworten müſſe. Auf dieſe Weiſe will man gemeiniglich das Klag-Libell in ſolchen Fällen eingerichtet haben: allein der Keiſer *Juſtinianus* ſagt ausdrücklich *princ. Inſt. de noxal. action. domino damnato permittitur, aut litis æſtimationem ſufferre, aut ipſum hominem noxæ dedere.* Durch welche Worte einem Beklagten die Freiheit gelaſſen wird, entweder den Schaden ſchlechterdings zu bezahlen, oder dafür den Urheber des Schadens auszuliefern. Daraus aber iſt keinesweges zu ſchlieſſen, daß man alternative klagen müſſe. Dannenhero kan man ſchlechterdings auf die Erſetzung des Schadens dringen, und alſo in obgedachten Fall anhalten, daß Beklagter die beſchädigten Thiere, welche ich vor kurtzen erſt für 21. Thaler angeſchaffet habe, zu bezahlen ſchuldig ſey. Dabei ſtehet aber gleichwol zu erwarten, wozu ſich der Beklagte nach ſeiner rechtlichen Freiheit verſtehen wolle. Uebrigens iſt zu mercken, daß die Befugnis, ſolche Klage anzuſtellen, da ſie aus den LL. XII. *Tabb.* herrühret, gantzer 30. Jahr währet.

§. 1239.

§. 1239. Die andere Klage heißt *actio de paſtu pecorum*, und iſt von der vorhergehenden dergeſtalt unterſchieden, daß man ſie anſtellen kan, wenn uns ein Laſt-Zug- oder Heerde-Vieh nicht wider ſeine Natur, ſondern ſeiner Natur und Beſchaffenheit gemäß, einen Schaden zugefüget hat, z. E. es hat uns ein Rind-Vieh das Graß auf unſerer Wieſe abgeweidet: als welches alle Kühe und Ochſen zu thun pflegen. Uebrigens aber iſt zwiſchen dieſer und der vorhergehenden Klage in Anſehung der Wirckung dem Anſchein nach kein Unterſchied zu finden. Denn es iſt dieſes gleichfalls eine Noxal-Klage, bei welcher der Beklagte entweder den Schaden gut zu thun, oder das ſchädlich geweſene Thier auszulieffern hat. PAVLLVS *Recept. Sentent. Lib.* I. *Tit.* XV. §. 1. & ibid. SCHVLTINGIVS. Es iſt aber billig zu verwundern, daß *Juſtinianus* in den *Digeſtis* dieſer Klage kaum ein eintzigesmal gedencket, L. 14. §. *ult.* D. *de præſcript. verb.* woraus man billig ſchlieſſen kan, daß zu des gedachten Keiſers Zeiten dieſe Klage keinen ſonderlichen Nutzen mehr gehabt habe. Dem ſey aber, wie ihm wolle, ſo iſt doch ſo viel gewiß, daß man dieſelbe bei uns gar wohl vor die Hand nehmen könne. Weil aber dabei die Schätzung des geſchehenen Schadens vorgehen muß: ſo iſt ſolcher durch verſtändige Männer auf etwas gewiſſes zu ſetzen, und hat inſonderheit der Hr. Geh. Rath STRYK in ſeinem *Vſu Moderno h. t.* §. 12. *ſequ.* ausdrücklich davon gehandelt. Und da in Teutſchland die Pfändungen oder pignorationes gebräuchlich ſind, nach welchen ein jeder, der Schaden auf ſeinem Acker von fremden Vieh gelitten hat, in der Befugnis ſtehet, gedachtes Vieh auf ſeinem Acker zu ergreiffen, und in den bei den Gerichten befindlichen gemeinen Stall zu treiben, aus welchem es nicht eher wieder herausgegeben wird, bis der Eigenthümer des Viehes den Schaden gut gethan hat: ſo höret man in den Gerichten ſelten etwas von dieſer Klage, welche aber dennoch bedürffendenfalls da der Schade ſonderlich und beträchtlich wäre, folgendergeſtalt angebracht werden könte: Es ſind *Sempronii* 21. Stück Rind-Vieh, welche er bei nächtlicher Zeit auf ſeiner Wieſen hat gehen laſſen, auf meine dabei liegende Gebreite Weitzen gerathen, und haben mir dieſelbe dergeſtalt abgefreſſen und zertreten, daß ich nach Angebung der geſchwornen *Taxatorum* laut beiliegendes Zeugniſſes *ſub Lit. A.* einen Schaden von 50. Reichs-Thaler erlitten habe. Da nun Beklagter *Sempronius* für ſolche beträchtliche Verletzung zu ſtehen ſchuldig iſt, und er dazu, aller Vorſtellung ungeachtet, ſich in Güte keinesweges hat finden laſſen: ſo werde ich gemüſſiget, ein Hochadeliches Gericht um Hülffe anzuflehen. Dahero bitte ich gehorſamſt, in Rechten zu erkennen und auszuſprechen, daß Beklagter *Sempronius* den mir durch ſein Rindvieh zu-

gefügten Schaden *libellirter* maaſſen erſetzen, und alle deshalb gehabte Koſten erſtatten müſſe.

§. 1240. Die dritte Klage wurde aus dem *edicto ædilitio* wider diejenigen verſtattet, welche einen Bären, Wolf, Löwen, Tieger, beiſſigen Hund, und dergleichen wilde Thiere in der Stadt an einem ſolchen Orte hielten, wo Menſchen gemeiniglich zu gehen und zu wandeln pflegten, daß daher durch gedachte Thiere gar leicht ein Schaden angerichtet werden konnte, welcher entweder geſchätzet, oder nicht geſchätzet werden mochte, wenn inſonderheit ein freier Menſch dabei ums Leben kam oder verwundet wurde. War ein Schaden zu ſchätzen, ſo, daß deſſen Vergütung auf etwas gewiſſes beſtimmet werden konnte; ſo klagte man auf die zwiefache Erſtattung: war er aber wegen Ertödtung eines freien Menſchen unſchätzbar, ſo klagte man wider den Beſitzer eines Thieres auf 200 Gold-Gülden. Hatte endlich ein freier Menſch von den Thieren eine Verwundung erlitten: ſo wurde es dem Gutbefinden des Richters anheim geſtellet, nach Recht und Billigkeit die Koſten auf das Heiler-Lohn, wie auch die Verſäumnis-Gebühren und dergleichen erlittenen Schaden den Beklagten aufzuerlegen, wie wir das gantze edictum ædilitium hiervon L. 40. L. 41. L. 42. D. *de ædilitio edicto* ſelbſt nachleſen können. Uebrigens iſt nicht zu bewundern, daß die Römiſchen ædiles dergleichen Verordnung gemachet haben: weil es zu ihrer Amts Gebühr mit gehörete, daß ſie auf die öffentlichen Straſſen der Stadt Achtung geben laſſen mußten, damit bei der eingeriſſenen Thorheit in Rom, da man mit wilden Thieren vor den Häuſern ein Gepränge zu machen ſuchte, niemanden einiges Unheil oder Schaden begegnen möchte.

§. 1241 - 1243. Der heutige Gerichts-Gebrauch bei uns Teutſchen hält in dieſen Fällen an allen Orten nicht einerlei Weiſe, gleichwie ſchon vor Zeiten die Geſätze der alten Einwohner Teutſchlandes gar unterſchieden geweſen ſind. Denn von der pauperie enthält L. *Wiſigoth. Lib.* VIII. *Tit.* IV. §. 12 folgende Verordnung: *Si cuiuscunque quadrupes aliquid fecerit fortaſſe damnoſum, in domini poteſtate conſiſtat, utrum quadrupedem noxium tradat, an ei, qui damnum pertulit, & aliquid excepit adverſi, iuxta iudicis æſtimationem componat.* Faſt dergleichen fand ſich bei den Oſt-Gothen in dem *Edicto Theodorici*, allwo §. 117. von einem Knecht, der geſtohlen hat, die Rede iſt, daß ein Herr denſelben, falls er den Schaden nicht gut thun wollte, ihn dafür ausliefern könne, dabei dieſe Worte ſtehen; *quod & de animalibus faciet, ſi alicui damna generaverint.* Man ſiehet aber leicht, daß die gedachten Völcker ſolche Verordnungen aus den Römiſchen Rechten erlernet und geſchrieben haben mochten. Die *Burgundiones* aber ſcheinen

von

von der Auslieferung eines schädlichen Thieres statt der Vergeltung des Schadens nichts gewußt zu haben. Solches erhellet unter andern aus ihrem *Lege Tit.* XVIII. §. 1. wo folgende Worte gelesen werden: *Vt, si de animalibus subito caballus caballum occiderit, aut bos bovem percusserit, aut canis momorderit, ut debilitetur ipsum animal aut canis, per quem damnum videtur admissum, tradatur illi, qui damnum pertulit.* Denn hierinnen wird nur von solchen Fällen geredet, da ein Thier das andere verletzet und beschädiget hat, und anderer schadhaften Begebnissen der Thiere werden mit keinem Wort erwehnet, bei welchen die noxæ deditio statt gefunden habe: woraus allerdings zu schliessen ist, daß ein Kläger bei den Burgundiern keinesweges alternative geklaget, sondern blos auf die Ersetzung des Schadens gedrungen haben müsse. Nach den alten Gesätzen der Francken, sowol was *Legem Salicam*, als *Ripuariorum* betrifft, finden wir in desselben *Tit.* X. §. 1. seq. 4. und 5. von dem Vieh, welches in fremder Weide Schaden gethan hatte, daß der Herr des beschädigten Ackers das Vieh öffentlich von dem Acker in seinen Stall habe treiben und einschliessen können, bis der Eigenthümer des Viehes den Schaden gut gethan hätte, welches eine deutliche Spur von der schon ehemals bei den Teutschen üblich gewesenen Pfändung ist. Uebrigens findet sich in beiden Gesätzen eine den Römischen Rechten ähnliche Verfügung, nach welcher auch die noxæ deditio statt gefunden hat. Denn in L. *Salica* heißt es *Tit.* XXXIX. also: *Si aliquis homo ex quolibet quadrupede, qui domesticus fuerit, occidatur, & hoc cum testibus potuerit adprobari, dum illius dominus, cuius pecus erat, si ante legem non adimplevit, medietatem de ipsa leudi componat, & pro alia medietate ipsum quadrupedem homini donet. Si vero pecoris dominus vitium in eo non intellexerit: secundum legem exinde se potest defendere, & de ipso pecore nihil solvat.* Fast eben so verhält sich L. *Ripuar. Tit.* XLVI. §. 1. & 2, nur daß, statt des Worts *leudi*, *vveregildum* gelesen wird. Dabei findet sich überdem noch die Verordnung, daß, wenn ein Vieh das andere getödtet hat, so solle der Eigenthümer des noch lebenden das erwürgte an sich nehmen, und dem Eigenthümer des Erwürgten das noch lebende zum Entgeld des Schadens ausantworten, dabei aber zugleich das getödtete zu bezahlen schuldig seyn. So enthalten ebenfalls L. *Alamann. Tit.* LIX. *sequ.* LXXIII. *sequ.* XC. XCIX. L. *Baiuuar. Tit.* III. *sequ.* wie auch L. *Longob. Lib.* I. *Tit.* VII. VIII. & XXI. unterschiedene Verordnungen wegen der von Thieren angerichteten Schaden, und derselben Erstattung in sich, welche aber von den Gesätzen anderer Teutschen Völcker nicht groß unterschieden sind; wie denn hiervon L. *Saxon. Tit.* I. XI. & XIII. L. *Angl. Tit.* XI. und L. *Frisionum Tit.* XXII. wie auch in dessen *Addit. Tit.* II. & III. de pauperie nichts unterschiedliches bestimmet

haben. Was hiernächst das Sächsische Landrecht *lib.* II. *art.* 40. de pauperie verordnet, solches bestehet in folgenden Worten: **Sein Herr soll den Schaden gelten nach rechten Wergeld oder nach seinen Werth bessern, ausser in dem Fall, da der Eigenthümer das schädlich gewesene Thier von sich jaget, kan der Beschädigte dasselbe sich rechtlich anmassen, und an sich nehmen.** Der Schwaben-Spiegel hergegen machet *cap.* 211. diesen Unterscheid, daß ein Thier entweder einen Menschen ums Leben gebracht, oder denselben nur verwundet hat. Im erstern Fall befiehlt er das Thier nach dem Gesätz Mosis zu steinigen, und verbietet dessen Fleisch, weil es unrein wäre, zu essen, *Exod.* XXI, 28. Dessen Beobachtung aber unter den Teutschen weder mit einem Beispiel, noch mit einem Zeugnis dargethan werden kan. IO. CLERICVS *in Commentario ad Pentateuchum, Exod.* XXI, 28. Im andern Fall behält er die Verordnung des Sachsen-Spiegels bei. Unsere heutigen Rechte aber stimmen mehrentheils mit den Rechten unserer Vorfahren ein. Denn wo man nach den Sächsischen Rechten gehet, da mag ein wildes oder zahmes Last-Thier Schaden gethan haben, so erstattet allemal der Eigenthums-Herr den Schaden durch das sogenannte Wehrgeld, oder er jagt dasselbe alsobald von sich. S. Sächsisches Landrecht *lib.* II. *art.* 40. *princ.* allwo die Worte folgender maassen lauten: **nimmet der Herr das Thier nach der Zeit, als er es erfähret, daß es Schaden gethan, wider an seine Gewär, er soll den Schaden gelten nach seinem rechten Wärgelde. Schlägt er es aber aus, und haussет noch hofet es nicht, noch ezzet und träncket es nicht, so ist er unschuldig an dem Schaden, so unterwinde sichs jener für seinen Schaden, ob er will.** Hierbei ist auch diejenige Verordnung nicht zu vergessen, welche in der Peinlichen Halsgerichts-Ordnung *art.* 136. enthalten ist, und also lautet: **Hat einer ein Thier, daß sich dermaassen erzeigt, oder sonst der Art und Eigenschafft ist, dadurch zu besorgen stehet, daß es den Leuten an Leib und Leben Schaden thun möchte, soll der Herr des Thieres nach Gelegenheit und Gestalt der Sachen und Rath der Rechtverständigen gestrafft werden, und so viel destomehr, so er zuvor von dem Richter, oder anderer Obrigkeit des vermahnet und gewarnet worden.** Da wir hiernächst oben gehöret haben, daß die Pfandungen desjenigen Viehes, welches andern Eigenthümern auf den Grund-Stücken Schaden zugefüget, von uralten Zeiten in Teutschland gewöhnlich ist, so verordnet das Sächsische Landrecht *lib.* II. *art.* 47. folgendes: **Wenn das Vieh Schaden thut, und gepfändet wird, so soll sein Herr den Schaden gelten, ob man den Schaden zur Hand beweißt, nachdem ihn die Bauern schätzen.**

MATTH.

MATTH. COLERVS in *Tr. de proceſſu executivo P. I. cap. 3. n. 66.* GAILIVS *de Pignorationibus. obſ. 22.* Geſetzt aber, man träfe das Vieh, als Schweine, Gänſe, und dergleichen zwar von fernen auf ſeinem Acker an, aber man zweiffele, daß man ihm beikommen könne, es zu pfänden: ſo erlaubet das Sächſiſche Landrecht dergleichen mit Hunden von dem Grund-Stück hinweg zu hetzen, wenn auch gleich ein und das andere Thier dabei erwürget würde. S. Sächſ. Landrecht *lib. II. art. 40. §. ult.* Will man aber ſolches nicht geſchehen laſſen, ſo wird *art. 47. ibid.* dieſer Rath ertheilet: **Iſt aber das Vieh alſo gethan, daß man es nicht pfänden mag oder eintreiben, als Pferde, die wilde ſeyn oder ſcheu, oder Gänſe, oder Schweine, ſo ladet der, dem der Schade geſchiehet, zweene Männer, und folget dem Vieh nach in ſeines Herrn Haus, und beſchuldige ihn darum, ſo muß er ihm den Schaden beſſern für das Viehe, als ob gepfändet wäre.** Endlich fragt ſich noch, was Rechtens ſey, wenn das Heerden-Vieh auf der Weide einander Schaden thut. In dem Sächſiſchen Landrecht finden wir *libr. II. art. 16.* davon dieſe Verordnung: **Lähmet ein Vieh das andere vor dem Hirten, oder würde es getreten oder gebiſſen, und beſchuldigt man den Hirten darum, er muß benennen das Vieh, das den Schaden gethan hat, und muß darzu ſchwören, daß es den Schaden gethan habe: So ſoll jener dann, dem das Vieh iſt, das den Schaden gethan hat, das gewundte Vieh halten in ſeiner Pflege, bis es wol zu Felde folgen und gehen möge: Stirbet es aber, er ſoll es gelten nach ſeinem geſetzten Wärgelde.** SCHILTER *in Praxi iuris Romani in foris Germaniæ, Exerc. XIX. theſ. 3.* Nach den Preuſſiſchen Landrecht wird *Lib. VI. Tit. X. art. 4.* und *Tit. XI. art. 5. §. 1.* die Verfügung der Römiſchen Geſätze beobachtet, auſſer daß, wenn ein Vieh das andere ertödtet, und man nicht weiß, welches Vieh das andere angefallen hat, der Herr des Viehes, welches ein anderes ertödtet hat, dem Herrn des ertödteten Viehes den halben Schaden erſetzen muß STRYCK *in Uſu Mod. Pand. h. t. §. 4. & 9.* Die Nürnbergiſche Reformation hält es ebenermaaſſen *Tit. XXVII.* mit dem Römiſchen Recht, nur daß, im Fall ein Menſch von einem Vieh umgebracht wird, der Herr des Viehes nach Mäſſigung des Raths oder Gerichts den Erben des Verſtorbenen Abtrag thun muß. Nach dem Beieriſchen Landrecht. *Tit. XXIV. art. 4.* iſt es zwar vergönnt, ſchädliche und gefährliche Thiere zu halten; richtet aber ein ſolches Thier Schaden an: ſo können die Nachbarn ihm ſolches mit dem Frohn-Bothen verbieten laſſen, behält er es dennoch, ſo muß er allen Schaden vergüten, den ſolches Thier ins zukünftige verurſachet, und dem Gericht die Buſſe verfallen ſeyn. Um

uns aber mit Anführung anderer Landrechte nicht länger aufzuhalten, ſo verweiſen wir unſere Zuhörer an GISEBERTI *Iuſtinianum Harmonicum h. t. n.* 27. ingleichen an deſſen *Periculum Statutorum* IV. *ſtat.* 92. S. GROENEWEGEN *de Legibus abrogatis ad princ. Inſt. h. t. n.* 5. und GROTIVM *de Iure Belgico lib.* III. *p.* 38. *n.* 13.

Tit. X.

De Iis, Per Quos Agere Poſſumus.

§. 1244-1247.

Nunmehro haben wir auch die ſechſte Abtheilung der rechtlichen Klagen zu Ende gebracht, und es iſt anjetzo die ſiebente abzuhandeln. Denn einige Klagen können durch einen procuratorem angeſtellet werden, einige hingegen nicht. So wird z. E. bei der actione iniuriarum criminali weder von Seiten des Klägers noch Beklagten ein procurator erlaubet: welchen aber actiones civiles zulaſſen. Eben dieſes iſt die Gelegenheit und Veranlaſſung, allhier von den procuratoribus zu reden. Und zwar haben wir dabei zu erwegen, 1) auf was für eine Art und Weiſe procuratores zugelaſſen werden können, ohne ſich desfalls gegen die Rechte zu verſtoſſen. §. 1244-1247. 2) Wird unterſucht, was ein procurator eigentlich ſey, und was für Rechte man dabei zu beobachten habe. §. 1248-1252. Es fragt ſich nicht ohne Urſach, auf was für eine Art und Weiſe man ohne Verletzung der Rechte einen procuratorem beſtellen könne. Denn die uralten Römiſchen Geſätze erlaubten nicht, durch einen procuratorem vor den Gerichten eine Rechts-Sache für andere zu treiben: weil a) alle rechtliche Klagen actiones legis, (§. 69.) d. i. ſolche Geſchäffte waren, welche vor eines jeden eigener Obrigkeit mit eigen verabfaßten Worten, und auf eine gebräuchliche Weiſe bewerckſtelliget werden mußten. L. 2. §. 6. D. *de offic. iud.* Die Natur und Beſchaffenheit aller actionum legis und actuum legitimorum aber beſtund vornemlich darinnen, daß ſie weder eine Bedingung, noch eine gewiſſe Länge der Zeit, noch auch einen procuratorem zulieſſen, ſondern in eigener Perſon zu Stande gebracht werden mußten (§. 70.) L. 123. D. *de Reg. Iur.* b) Durch die litis conteſtation machte ſich ein Beklagter ex quaſi contractu dasjenige zu leiſten anheiſchig, was ihm der richterliche Beſcheid zuerkennet: und niemand konnte auf ſolche Weiſe einen andern anheiſchig machen, noch auch ſich für einen andern etwas angeloben laſſen oder ſtipuliren (§. 733.)

§. 3. 4.

§. 3. 4. *Inſtit. de inutil. ſtipul.* daher konnte auch ſolches kein procurator thun. c) Es konnte niemand für einen andern etwas erwerben, auſſer, wenn er deſſelben Bothmäſſigkeit unterworffen war. (§. 483.) §. 5. *Inſt. per quas perſ. cuique adquir.* Da nun ein procurator, wenn er den Proceß gewinnet, den Nutzen davon nicht ſelbſt ziehet, ſondern ſolchen ſeinem Principal zukommen laſſen muß: ſo iſt dieſes und das vorhergehende die Urſach, warum man die Regel gemacht hat, daß niemand für einen andern eine rechtliche Klage anſtellen, noch auch dieſelbe beantworten könne. Es ſind aber dennoch einige wenige Fälle von dieſer Regel ausgenommen, in welchen bei den Römern dennoch ein procurator zugelaſſen wurde. Denn für das Volck klagte ein *Syndicus*, für die Freiheit eines Knechts oder Freien redete ein *Aſſertor*, und für einen Unmündigen führte das Wort ein *Tutor*. Ja nach dem L. *Hoſtilia* war auch demjenigen ein procurator erlaubet, welcher von den Feinden auſſer Landes aufgehalten wurde, oder in öffentlichen Angelegenheiten zum Beſten der Republik abweſend ſeyn mußte, im Fall man ihn nemlich mit der actione furti belangete. Denn weil ſolche Perſonen z. E. das gantze Volck, ein Gefangener, ein in öffentlichen Angelegenheiten Verreiſter ꝛc ſich vor den Gerichten nicht ſtellen konnten: ſo muſte nothwendiger Weiſe ein procurator für ſie zugelaſſen werden. princ. *Inſt. h. t.* Allein, da es bisweilen höchſtbeſchwerlich war, daß ein jeder ohne Unterſcheid vor Gericht erſcheinen ſollte: ſo erdachten die alten Rechts-Gelehrten ein principium, nach welchem ohne Verletzung des Rechts bei ihnen ein procurator zugelaſſen werden könnte. Sie ſetzten nemlich dieſes voraus, ein procurator ſey nicht als ein bloſer Bevollmächtigter anzuſehen, welcher in eines andern Namen eine Sache vor Gerichte handele, ſondern man müßte ihn als einen dominum litis betrachten. L. 4. §. 3. D. *de procurat.* Das dominium litis aber wurde ihm per mandatum übergeben, als welches loco tituli war: durch die litis conteſtation aber erlangte er daſſelbe, L. 1. *princ.* D. *eod.* iunct. L. 4. §. *ult. D. de appellat.* Der dominus oder Principal gab dem procuratori die Vollmacht, das dominium zu occupiren: und der procurator übernahm auch ſolches dominium wircklich per litis conteſtationem. Hierauf wurde alles auf den procuratorem bei der Klage abgefaſſet; er ſtellete Caution; wider ihn erging die Sententz; und wider ihn wurde die actio iudicati geſtattet, oder er überkam ſowol, als ſein Principal die Befugnis actionem rei iudicatæ anzuſtellen. L. 28. D. *de procurat.*

§ 1248 - 1252. Wenn nun gefragt wird, was ein procurator eigentlich ſey, und was man für Rechte in Anſehung eines procuratoris zu mercken habe: ſo machen wir von einem procuratore dieſe Erklärung: Procurator eſt, qui negotia iudicialia, vel lites alienas domini mandato ſuſcipit & admini-

adminiſtrat L. 1. *princ.* L. 33. *princ.* §. 1. D. *de procurat.* Ein gerichtlicher Anwald muß nur auf ſolche Art erkläret und beſchrieben werden: weil es ſonſt auch auſſergerichtliche procuratores giebet, die aber mit den mandatariis im gleichen Range ſtehen. Dahero ſagen wir, daß er die Rechts-Sachen fremder Leute durch Bevollmächtigung derſelben übernehme. Denn will er einen gerichtlichen procuratorem vorſtellen, ohne dazu bevollmächtiget zu ſeyn; ſo iſt er kein procurator, ſondern ein *defenſor*, welcher aber nur für den Beklagten, keinesweges aber für den Kläger, zugelaſſen wurde. Dennoch aber mußte derſelbe fideiuſſoriſche Caution beſtellen, daß er dasjenige leiſten wolle, was ihm in Urtheil und Recht zuerkannt werden würde, L. 35. §. 3. L. 46. §. 2. L. 47. D. *eod.* Aus dieſer Erklärung nun iſt leichtlich abzunehmen, 1) wer procuratores ſetze und beſtelle, nemlich a) ein ſolcher Eigenthums-Herr, welcher mit ſeiner Habſeligkeit zu ſchalten und zu walten freie Macht und Befugnis hat. Die Urſache hiervon iſt dieſe, weil das dominium litis an den procuratorem veräuſſert werden muß; (§. 1228.) wer aber etwas von ſeinen Mitteln veräuſſern will, der muß als Eigenthums-Herr bei Verwaltung ſeines Vermögens keine gebundene Hände haben. Und eben hieraus erhellet nun weiter, warum tolle, unſinnige, prodigi, feminæ, clerici in weltlichen Sachen *c. 2. & 4.* X. *ne clerici vel monachi.* excommunicati, *c. 7.* X. *de probationibus*, infantes und Unmündige ohne des Vormundes Einwilligung und Vollwort, ja die Vormünder ſelbſt in Sachen ihrer Pflegbefohlenen keine procuratores ſetzen können. (§. 277.) §. *ult. Inſt. de Curat.* 2) Sehen wir aus der Erklärung eines procuratoris, wer eigentlich procurator ſeyn könne, nemlich ein jedweder, der für andere zu Uebernehmung gerichtlicher Klagen und Rechts-Sachen geſchickt iſt, und weder am Verſtande noch auch an Jahren einen Mangel hat. Denn die Römer erforderten bei demſelben, daß er wenigſtens 17. Jahr alt ſeyn müßte, weil die Jünglinge kurtz vorher in die togam virilem eingekleidet zu werden pflegten. L. 13. D. *de manumiſſ. vindict.* §. 5. *Inſt. qui & ex quib. cauſſ.* Nächſt dem konnte kein ſervus, kein infamis, noch auch ein miles das Amt eines procuratoris übernehmen: weil dieſer letztere von ſeinem Regiment nicht abkommen mochte L. 8. §. 2. D. *de procurat.* auſſer wenn er für ſeine Compagnie eine Sache gerichtlich vorzutragen hatte, L. 54. D. L. 7. L. 13. *Cod. eod.* Was homines infames anbetrifft, ſo hat es mit denſelben nach L. 6. *Cod. eod.* ſeine Richtigkeit: allein §. *ult. Inſt. de exceptionibus* ſcheinet das Gegentheil zu bekräfftigen, weil *Juſtinianus* den infamibus procuratoribus allem Anſehen nach den Rücken hält, da er ſaget: *Eas vero exceptiones, quæ olim procuratoribus propter infamiam, vel dantis vel ipſius procuratoris opponebantur, quum in iudiciis frequentari nullo modo perſpeximus, conquieſcere ſancimus: ne,*

dum

dum de his altercatur, ipſius negotii diſceptatio proteletur. Jedoch hierauf iſt leicht zu antworten, wenn wir nur dieſe Worte ein wenig in genaue Erwägung ziehen, welche am Ende geleſen werden. Denn die exceptio infamiæ illiquidæ, de qua altercandum eſt, weswegen man eine weitläuffige und lange Unterſuchung anzuſtellen hat, ſoll keine ſtatt finden. Daraus aber kan man keinesweges ſchlieſſen, daß man einen infamen Kerl, welcher ſich durch ſein widerrechtliches Bezeigen bei gerichtlichen und auſſergerichtlichen Geſchäfften den Verluſt ſeiner Ehre und Rechte ſelbſt zugezogen hat, vor den Gerichten zulaſſen müſſe, da er deswegen berüchtiget, und deſſen Schandfleck Stadt- oder auch wohl Landkündig iſt, wobei man nicht Urſach hat, die Wahrheit davon mit vielen Zeit-Verluſt zu unterſuchen, und die Haupt-Sache deswegen liegen zu laſſen. S. **Cammer-Gerichts-Ordnung** P. I. *Tit.* XVIII. *c.* 1. *C.* 3. *qu.* 7. Gar nachdrücklich lauten dannenhero die Worte in dem Sächſiſchen **Landrecht** *lib.* III. *art.* 16. **am Ende**, in der *Gloſſa*, über das Wort **Richter**: **Wer aber beklaget wird, mag ſeinen Kläger wohl abweiſen, ob ein Rechtloſer oder geächteter Mann einen beklagte, den darf er nicht antworten.** Und über die Worte: **rechtloſe Leute**, verſu, **dann das Recht**, heißt es ferner, **daß die Rechtloſen weder in peinlichen noch in bürgerlichen Sachen vorſprechen ſollen, darum, daß ſie vor Gericht mit Ehren nicht ſtehen können.** Endlich finden wir gleiche Verordnung in dem **Sächſiſchen Lehnrecht**, *cap.* IX. §. **ein Vorſprech.** ꝛc. in dieſen Worten: **Wer auch einer beſprochen an ſeinen Rechten, ſo möchte er kein Vorſpreche ſeyn.** ZANGER *de exceptionibus* P. II. *cap.* VIII. *n.* 103. 3) Lernen wir aus der Beſchreibung eines procuratoris, in welchen Fällen procuratores zugelaſſen werden, nemlich in allen denjenigen, wobei die Stelle eines Eigenthums-Herrn vertreten werden kan. Siehe **unſere Pandekten** P. I. §. 431. Nun iſt zwar ſoviel gewiß, daß man ſich in cauſſis civilibus an des andern Statt ſtellen könne; indem uns nichts hindern mag, für andere etwas zu leiſten oder abzutragen (§. 999.) L. 23. L. 41. L. 53. D. *de ſolutionibus.* Aber in criminalibus kan man nach Römiſchen Rechten des andern Perſon keinesweges vertreten. Denn man konnte für einen Ankläger kein procurator ſeyn: weil man ſich durch gerichtliche Einſchreibung des Namens zu der Uebernehmung der peinlichen Straffe, welche auf das angegebene Verbrechen ſtund, anheiſchig machen mußte, im Fall man dem Angeklagten das vorgeworffene Verbrechen nicht darthun und beweiſen würde. Nächſtdem war es auch nicht thuelich, einen procuratorem für den Angeklagten abzugeben: weil obgedachter maaſſen, dominio litis translato, alles über den procuratorem ging, und ein ſolcher mithin, wenn er in criminalibus das dominium litis überneh-

nen könnte, auch über ſich alle Arten der Leibes- und Lebens Straffen würde ergehen laſſen müſſen, welches allerdings ungereimt iſt, und mit der Klugheit der Römiſchen Geſätzgeber nicht übereinkäme. Es war aber dennoch in criminalibus zu procuriren erlaubt, und zwar alsdenn, wenn die bevorſtehende Straffe alſo beſchaffen war, daß auch ein Abweſender damit beleget werden mochte, z. E. die Landes-Verweiſung, u. d. gl. L. 10. D. *de publicis iudiciis.* L. 33. §. 3. D. *de procuratoribus.* 4) Schlieſſen wir noch aus der Definition eines procuratoris, wann und in welchen Fällen das Amt eines procuratoris nach Römiſchen Rechten aufhöre. Da wir nun wiſſen, daß ein procurator bei den Römern das dominium litis überkommen habe: ſo iſt auch leicht abzunehmen, daß bei Abtretung dieſes Amts eben dasjenige zu beobachten ſey, was man bei der Wiedererlangung einer veräuſſerten Sache wahrnimmt. Nihil enim tam naturale eſt, quam eo genere quidque diſſolvere, quo colligatum eſt. Solches geſchiehet nun vornemlich α) mutuo diſſenſu, β) revocatione domini, γ) renunciatione procuratoris. Denn was das erſte betrifft, ſo iſt dem Principal und procuratori re adhuc integra ihr von ſich gegebenes Wort wieder zurück zu nehmen allemal erlaubt, gleichwie ſie beiderſeits vorhero in die Veräuſſerung des dominii litis haben einwilligen können. L. 58. D. *de pactis.* Von dem andern Fall iſt zu mercken, daß ein Principal ſeinen procuratorem noch vor der litis conteſtation, zu welcher Zeit der procurator noch nicht wircklicher dominus litis iſt, revocationem procuratoris zu unternehmen befugt ſey. Und endlich kan ein procurator ſein officium aufkündigen, wenn nur dem Principal dadurch kein Schaden wiederfähret, §. 11. *Inſt. de mandat.* Wie aber, wenn ein procurator mit Tode abginge? Reſp. Mors omnia ſolvit, mithin iſt es natürlich, daß ſich das officium procuratoris auch mit deſſen Leben endiget, §. 10. *Inſt. de mandat.* zumal da man perſonæ induſtriam bei Beſtellung eines procuratoris vor allen Dingen in Erwegung zu ziehen pfleget. Allein wo bleibt denn das dominium litis, als ein ius in re? Haben denn die alten Römer die Erben eines procuratoris deſſelben ausdrücklich beraubet? Hierauf dienet zur Antwort, daß die Erben eines procuratoris bei den Alten das dominium litis, wie alle andere iura und obligationes beſtändig von ihrem verſtorbenen Vater oder Erblaſſer überkommen haben, bis die beiden Keiſer THEODOSIVS und VALENTINIANVS L. *fin. Cod. Theodoſ. de procurator.* desfalls eine andere Ordnung einführten. Bei dem Abſterben des Principals aber war der procurator allerdings noch gehalten, in der angefangenen Rechts-Sache fortzufahren. L. 23. *Cod. de procuratoribus.* Alles was noch hierbei zu ſagen wäre, das haben wir bereits

oben

oben (Tit. de Mandato) zur Genüge berühret, als worauf wir uns der Kürtze wegen beziehen müſſen.

§. 1253. Zuletzt wenden wir uns zu den Rechts-Gebrauch der in den Teutſchen Gerichten vorwaltet. Da wir aber gedachter maaſſen bereits hiervon ein langes und breites vorgetragen haben: ſo mercken wir nur hier, 1) daß wir noch heutiges Tages bei den meiſten Gerichten procuratores antreffen, welche ihren Principal unter dem Namen der Advocaten vor Gerichte vertreten und zu vertheidigen ſuchen. 2) Es ſind aber dieſe Leute keinesweges als domini litis bei uns anzuſehen, weil ſich ihr gantzes Amt auf eine bloſſe Vollmacht gründet, bei Vorzeigung deren ſie allererſt bei den Gerichten zugelaſſen werden. Da nun ſolchergeſtalt das dominium litis bei uns keine Statt findet, ſo iſt leicht zu ſehen, warum a) der richterliche Beſcheid nicht auf die procuratores gerichtet wird, und deswegen die actio iudicati wider ſie hinweg fällt, als welche allein wider die Principals angeſtellet werden kan; b) warum die Vollmachten auch nach der litis conteſtation den procuratoribus wieder abgefordert werden können, wenn man ſie nur ſchadlos hält; c) warum die Erben eines procuratoris ihres Vaters Amt in den für andere übernommenen Rechts-Sachen nicht fortſetzen mögen. Ja nicht einmal die Erben eines verſtorbenen Principals ſind ſchuldig, denjenigen procuratorem bei einen Proceß zu laſſen, welchen der Erb-Verlaſſer dazu beſtellet und geſetzet hat: es wäre denn, daß der Verſtorbene ſeine Erben in der Vollmacht des procuratoris ausdrücklich hierzu verbunden hätte, als welches bei dem Reichs-Cammer-Gericht, und bei andern wohlbeſtellten Gerichts-Stühlen zu Verhütung vieler Beſchwerden und Weitläufftigkeiten gemeinialich beobachtet zu werden pfleget. S. *Rec. Imp. de a.* 1654. §. 99. Hrn. Geh. Rath **Böhmers** *diſſert. de dominio litis* und Herrn von **Bergers** *diſſert. de dominio litis.*

Tit. XI.

De Satisdationibus.

§. 1254. 1256.

Wir haben in vorigen Titel geſehen, daß ein procurator als dominus litis zuweilen Caution beſtellen müſſe: hierauf ſcheinet ſich der Zuſammenhang dieſes Titels mit dem vorhergehenden zu gründen, und darum werden die cautiones allhier abgehandelt. Dabei nun wollen wir folgende

drei Fragen erörtern: 1) was und wie vielerlei eine cautio sey. §. 1255. sequ. 2) Was für Personen nach Römischen Recht in den Gerichten Caution stellen müssen. §. 1257 - 1260. und 3) wer eigentlich bei uns mit Stellung der Caution beschweret werden könne. §. 1261. sequ. Was nun erstlich eine Caution sey, und wie vielerlei es Cautionen gebe, solches ist bereits oben (§. 279) gezeiget worden, und zwar bei dem Titul *de satisdatione tutorum vel curatorum.* Wir verstehen nemlich durch eine Caution, einen actum, quo adversario securitas præstatur. Denn da dem gemeinen Wesen und einem iden Staat daran gelegen ist, ne iudicia fiant elusoria, und die Beklagten, welche gemeiniglich das Licht scheuen, den Kopf bei vorfallender Gelegenheit durch Austretung oder Ergreiffung der Flucht aus der Schlinge ziehen könten, wodurch es geschehen würde, daß die Verurtheilung oder der richterliche Bescheid nicht vollstrecket werden könte, wobei dem Kläger nicht wohl zu muthe seyn dürffte: so hat man es für höchstbillig angesehen, daß einer dem andern vor Gerichte zulängliche Sicherheit verschaffe, als welche bei uns insgemein Caution genennet wird. Es giebt aber in unsern Gerichten viererlei cautiones. Denn 1) heißt *cautio fideiussoria* oder fideiussorische Caution diejenige Sicherheit, welche durch tüchtige Bürgen gestellet wird. Zur Tüchtigkeit der Bürgen aber rechnet man insonderheit und vornemlich, a) daß sie mit unbeweglichen, und mit Schulden annoch unbeladenen Gütern angesessen seynd. b) Daß sie leicht belanget werden können: dabei man hauptsächlich darauf siehet, daß sie unter demjenigen Richter stehen, vor welchem die Caution zu bestellen ist, L. 2. *princ.* D. *qui satisd. cog. vel iurato promitt. vel suæ promiss. comm.* 2) Nennet man *cautionem pignoratitiam*, wenn man gewisse Unterpfänder zu Stellung der Sicherheit von sich giebt: und diese beiden werden in dem corpore iuris civilis *idoneæ cautiones* beniemet, L. 59. §. *ult.* D. *Mandati*, L. 4. §. 8. D. *de fideicommiss. libert.* Gleichwie die erste davon vornemlich *satisdatio* genennet wird L. 1. D. *qui satisdare cog. &c.* 3) Ist *cautio iuratoria*, welche man durch Ablegung eines Eides zu stellen pflegt, und wozu allein ansehnliche und erbare Personen gelassen werden. Endlich 4) hat man auch *cautionem nudæ promissoriam*, welche man sich vermittelst eines Handschlages von solchen Leuten bestellen läßt, die mit unbeweglichen Gütern angesessen sind. Und dergleichen Caution leistet auch der fiscus und die Republik durch ihre Abgeordneten. L. 1. §. 18. L. 6. §. 1. *ut leg. vel fideic. seru. causs. cau.* Wir haben aber auch in unsern *Elementis Pandectarum* P. I. §. 302. und vor unserer Zeit CVIACIVS *lib.* XII. *Observat. cap.* 22. NOODT *in Pandect.* T. II. *Opp.* p. 59. wie auch der berühmte SCHVLTING *in Protis h. t.* gewiesen, daß auch die Besitzer unbeweglicher Güter Juratorische Caution haben bestellen müssen.

Im

Im Fall der Noth muß man auch mit einer iuratoriſchen Caution zufrieden ſeyn, wenn derjenige, welcher weder Bürgen noch Pfänder aufbringen kan, eidlich erhärtet, daß er nach aller angewandten Mühe weder Bürgen noch Pfänder habe aufbringen können, darauf denn ſogleich folgende Formel wegen der Caution angehängt zu werden pfleget: **Gleichwol verſpreche ich, daß ich alles, was mir durch Urtheil und Recht zuerkannt werden ſolte, *præſtiren* will. So wahr mir GOtt helffe!**

§. 1257 - 1260. Wenn man **zweitens** fraget: was für Perſonen Caution zu beſtellen haben, ſo wird uns die Antwort hierauf am leichteſten fallen, wenn wir eine jede Perſon, welche vor den Gerichten mit einander hadern, beſonders betrachten. Dannenhero haben wir 1) den **Beklagten** vor uns zu nehmen, als welcher nach dem Juſtinianeiſchen Recht cautionem de iudicio ſiſti beſtellen muß, und ſolche nennten die alten Römer *vadimonium*, welches Wort der Keiſer *Juſtinianus* faſt aus dem gantzen Corpore iuris verbannet hat. Denn es findet ſich nur allein das Wort *Vades* noch in L. *ult.* §. 1. *Cod. de Caſtr. & miniſterian.* SALMASIVS *de modo uſurarum*, *cap.* XVI. Nächſtdem mußte ein Beklagter auch Caution beſtellen, daß er bis zu Austrag der Sachen die Klage abwarten, und auf keine Weiſe geſchehen laſſen wolle, daß ſeine Abweſenheit dieſelbe vergeblich und unkräfftig mache, §. 2. *Inſt. h. t.* 2) Beſtellte ein **Kläger** Caution, a) innerhalb zwei Monat nach überreichter Klag-Schrifft den Krieg Rechtens zu befeſtigen; b) die Klage bis zu Ende fortzuſetzen, und c) daß er den zehenten Theil der libellirten Summe, wofern er Sachfällig werden würde, ſtatt der aufgewendeten Koſten herausgeben wolle, *Nov.* XCVI. *cap.* 1. 3) Hatte der *procurator* **eines Beklagten**, welcher abweſend war, fideiuſſoriſche Caution zu beſtellen; war aber der Beklagte nicht abweſend, ſo mußte er ſelbſt, als Principal, die Caution für ſeinen procuratorem durch Bürgen leiſten: es mochte aber der Beklagte anweſend oder abweſend ſeyn, ſo lag dem procuratori ob zu caviren de iudicatum ſolvi d. i. daß er, falls er Sachfällig werden würde, alles leiſten wolle, was Urtheil und Recht mit ſich bringen würde. §. 5. *Inſt. h. t.* 4) Der *procurator* des **Klägers**, welcher entweder gar keine Vollmacht, oder nur ein mandatum præſumtum, oder auch imperfectum & mancum in Händen hat, wird im erſten Fall, weil er gar keine Vollmacht aufzuweiſen hat, in den Gerichten gar nicht zugelaſſen, wenn er auch caviren wollte. L. 1. L. 24. *Cod. de procuratoribus.* Iſt er aber andernfalls mit einem mandato præſumto verſehen, wenn er ſich z. E. in ehelicher Vormundſchafft ſeines Weibes vor Gericht einfindet; oder deſſen mandatum iſt mangelhafft, weil es z. E. weder mit dem Siegel noch mit dem Namen ſeines Principalen bezeichnet iſt: alsdenn beſtellt er cautionem de rato; oder

rem ratam habiturum dominum, §. 3. *Inſt. h. t.* Kan endlich ein ſolcher procurator eines Klägers eine wirckliche und vollkommene Vollmacht vor Gerichte vorzeigen, ſo fordert man gar keine Caution von ihm L. 1. *Cod. de procuratoribus.* Eine ſolche Bewandtniß hatte es nach dem iure civili mit der Art zu caviren, welche aber in den vielen Provinzen ſo unterſchiedlich war, daß endlich der Keiſer *Iuſtinianus* §. 7. *Inſt. h. t.* dieſe Verordnung machte: Es ſollten ſich alle Keiſerliche Landſchafften nach derjenigen Reichs-Conſtitution desfalls richten, welche man in der Keiſerlichen Haupt- und Reſidenz-Stadt zu beobachten pflegte, und die in §. 2. *ſeqqu. Inſt. h. t.* enthalten iſt.

§. 1261. 1262. Zuletzt wollen wir noch kürtzlich ſehen, wie es mit Beſtellung der Cautionen in unſerm Teutſchen Rechts-Gebrauch hergehe: und da werden wir finden, daß es hierin an den meiſten Orten ganz anders gehalten werde. Denn 1) caviret bei uns ordentlicher Weiſe kein Beklagter: weil er ſich in unſern Rechten ſtärckern Rückenhalt als der Kläger zu getröſten hat, davon ſich aber in den alten Römiſchen Rechten das Gegentheil und Widerſpiel findet. Man hat aber doch hiervon dieſe Fälle auszunehmen: a) wenn ein Beklagter de fuga ſuſpectus iſt. Denn in ſolchem Fall muß er entweder cautionem de iudicio ſiſti und cautionem de iudicatum ſolvi præſtiren, oder man ſetzt ihn in gefängliche Verhafft. b) Wenn man des Beklagten Habſeligkeiten verkümmert hat: ſo wird der Arreſt nicht eher aufgehoben, bis er gleiche cautiones beſtellet. c) Wenn der Beklagte peinlich angeklaget worden iſt, woraus ihm aber vermuthlicher Weiſe weder Lebens- noch Leibes-Straffe bevorſtehet. Denn ſolchenfalls erlaubt man ihm auſſer gefänglichem Verhafft ſeine Sache auszumachen, ſobald er de iudicio ſiſti und de iudicatum ſolvi caviret hat. 2) Pfleget man mit dem Kläger etwas härter zu verfahren: als welcher, wenn er nicht unter denſelben Richter mit unbeweglichen Gütern angeſeſſen iſt, insgemein Caution beſtellen muß, a) de expenſis litis reſtituendis, b) de reconventione in eodem iudicio ſuſcipienda: es wäre denn, daß man in den Gerichten die Gewohnheit hätte, die conventionem und reconventionem ſimultanee zu traktiren und vorzunehmen. Wo aber die reconventio, wie z. E. in Sachſen, beſonders gehandelt wird, da nimmt man dieſelben nicht eher vor, bis ſich Beklagter durch wirckliche Zahlung der Klage entbrochen hat. Ein mehrers hiervon findet ſich in GISEBERTI *Iuſtiniano Harmonico h. t. n.* 56. 75. 88. 96. 135. und 172. desgleichen in STRYKII *Uſu Moderno Pandectarum Tit. qui ſatisd. cog. &c.*

Tit.

Tit. XII.

De Perpetuis Et Temporalibus Actionibus, Et Quæ Ad Heredes Et In Heredes Transeunt.

§. 1263. 1264.

Wir haben nunmehro noch die beiden letztern, nemlich achte und neunte Abtheilung der rechtlichen Klagen abzuhandeln: und da werden einige *actiones perpetuæ*, andere aber *temporariæ* genennet. Ferner können zwar die Erben eine Klage anstellen, aber wider die Erben findet manche Klage nicht statt. Hiernächst giebt es Klagen, welche weder den Erben, noch auch wider die Erben gestattet werden. Hiervon haben wir in diesem Titul folgendermaassen zu handeln, daß wir 1) von actionibus perpetuis und temporariis eine Erklärung geben §. 1263. seqq. 2) Daß wir vier Regeln setzen, woraus abzunehmen ist, welche Klagen perpetuæ, und welche hingegen temporales seynd §. 1265 - 1272. 3) Fügen wir drei Regeln bei, nach welchen man diejenigen Klagen zu unterscheiden hat, welche den Erben, oder wider die Erben gestattet oder nicht gestattet werden. §. 1273 - 1275. *Actiones perpetuæ* hiessen vor Zeiten diejenigen Klagen, deren Befugnis, sie zu gebrauchen, kein Ende hatte, und dahin gehöreten alle in den Legibus, Senatusconsultis und Constitutionibus Principum namhafft gemachte und verstattete Klagen. Allein nach den neuern Recht werden mit dieser Benennung diejenigen Klagen beleget, welche man innerhalb 30. und etwas mehrern Jahren anzustellen befugt ist, und die nach Verfliessung solcher Zeit verjähren, oder præscribiret werden. *Actiones temporales* hingegen nennet man solche Klagen, bei welchen die Befugnis sie anzustellen, innerhalb einer kurtzen Zeit z. E. von einem Jahr, von 2, 4, 5. Jahren, ja wohl gar in einigen Monaten erlöschet. Dahin rechnete man alle actiones prætorias, welche nur innerhalb einen Jahr zu gebrauchen waren, *princ. Inst. h. t.* Daß aber die Befugnis, Klagen anzustellen, innerhalb gewisser Zeit verjähret, oder erlöschet und præscribiret wird, solches hat in unsern Rechten allerdings seinen Grund. Denn die actiones sind res incorporales. Res incorporales sind in bonis. (§. 388.) Was auf den Gütern hafftet, das kan innerhalb gewisser Zeit verjähren, oder præscribiret werden, mithin trifft solche Verjährung auch die rechtlichen Klagen. Als welches zu erweisen war.

§. 1265 - 1272. Es folgen hiernächst die vier Regeln, woraus zu erkennen ist, welche Klagen perpetuæ und welche temporales sind.

Regula

Regula I. Actiones in rem, ſi alter uſucapiat, tamdiu durant, quamdiu ipſum ius in re, ex quo oriuntur. Nemlich wenn man wegen einer beweglichen Sache eine Real-Klage anſtellen will; ſo muß man ſolches innerhalb 3. Jahren thun: als innerhalb welcher Zeit ein bonæ fidei poſſeſſor eine bewegliche Sache uſucapiren kan. Hingegen will man wegen einer unbeweglichen Sache klagen; ſo iſt die Klage innerhalb zehen Jahren anzuſtellen, wenn nemlich Kläger und Beklagter anweſend ſind. Iſt aber einer von ihnen abweſend; ſo muß ſolches innerhalb 20. Jahren geſchehen: weil die Sache ſonſt innerhalb ſolcher Zeit durch die Vſucapion, und folglich auch die Befugnis zu klagen verloren gehet. (§. 445.) Dieſe Regel gilt bei der rei vindicatione, bei der actione publiciana, confeſſoria, negatoria, ja auch bei den actionibus in rem ſcriptis, welche beſagtermaaſſen mit den actionibus realibus überein kommen. Allein wir haben dennoch von dieſer Regel drei Abfälle zu mercken, und zwar a) bei der actione hypothecaria, welche, wenn der Schuldner ſelbſt das verſchriebene Unterpfand im Beſitz hat, gantzer 40. Jahr dauret Iſt aber die Sache in den Händen eines andern bonæ fidei poſſeſſoris, ſo währet die Befugnis deswegen zu klagen inter præſentes 10. Jahr, und inter abſentes 20. Jahr. Iſt endlich der Beſitzer davon in mala fide; ſo hat man gantzer 30. Jahr Zeit zu klagen. L. 12. *Cod. ſi adverſ. credit.* L. 1. *princ. Cod. de præſcript.* XXX. *annor.* b) Bei der hereditatis petitione, welche beſagter maaſſen mixtæ naturæ iſt, weil ſie ſich ſowol auf ein ius in re als auch auf ein ius ad rem gründet. Dieſe Klage ahmet den actionibus perſonalibus nach, und die Befugniß, ſie anzuſtellen, währet 30. Jahr. L. 7. *Cod. de hered. petit.* c) Bei der querela inofficioſi teſtamenti, welche, weil ſie verhaßt iſt, (§. 585.) nach verfloſſenen fünf Jahren nicht mehr angeſtellet werden kan. L. 8. §. *ult.* L. 34. D. *de inoffic. teſtam.* Was hierbei den Teutſchen Rechts-Gebrauch betrifft, ſo iſt es aus den obigen Titul, de uſuc & long. temp. præſcript. §. 445. bekandt, daß nach unſern Rechten die fahrende Haabe oder res mobilis innerhalb Jahr und Tag d. i. in 1. Jahr 6. Wochen verjähret, unbewegliche Güter aber dreißig Jahr und Tag, d. i. 31. Jahr 6. Wochen 3. Tage darzu erfordern. Woraus nun leicht zu ſchlieſſen iſt, daß es auch mit der Befugniß zu klagen in Anſehung der Dauer gleiche Bewandtniß haben müſſe. S. Lehnr. *c.* 16. in f. Weichbild *Art.* 21. Land-R. *libr.* 1. *Art.* 38. und *libr.* 5. *Art.* 31. *Gloſſ.* in Lehn-R. *c.* 22. *n* 5. §. Im Jahr und Tag. Zu dieſer erſten Verjährung gehöret auch die Sächſiſ. Gerade, das Heergewerte und das Mußtheil, ausgenommen, 1) die Tochter, welche ihrem Vater die Gerade auch nach der geſetzten Zeit durch eine rechtliche Klage abfordern kan, ob ſie gleich niemals deswegen Erinnerung bei ihm gethan hat. 2) Hat dieſe kurtze

Ver-

Verjährung auch bei den beweglichen Erbstücken keine statt, sondern es werden hierzu 4. Jahr 6. W. 3. T. erheischet. S. MATTH. COLER. *dec.* XX. *n.* 12. & 13. Die lange Verjährung betreffend, so ist die in dem S. Land. R. *libr.* 1. *Art.* 29. und in den *Nov. Elect. Aug.* p. 2. *conf.* 6. am Tage, so daß kein Unterscheid zwischen præsentibus und absentibus gehalten wird. In solcher Zeit ist auch die restituto ob infam. ignoran. mit eingeschräncket worden, im *Corpore Iur. Sax.* p. m. 158. Im übrigen aber hat es bey der römischen Rechts-Verordnung in Ansehung der kurzen Fristen sein Bewenden z. E. in delictorum præscripr. 20. Jahr, in restit. in int. 5. Jahr, in querela inoff. und d. gl.

Regula II. Actiones personales rei persequutoriæ, civiles & prætoriæ, perpetuæ sunt, adeoque triginta annos durant. Diese Regel ist so allgemein, daß sie bei so viel und fast unzähligen Personal-Klagen nur drei Abfälle leidet, nemlich a) bei der actione de servitute promissa, die aber noch nicht quasi tradiret ist. Denn obgleich solche Klage ex stipulatu actio personalis ist, so kan man sie doch nur, wenn die Parteien zugegen sind, innerhalb zehen Jahren, und wenn sie abwesend sind, innerhalb zwantzig Jahren anstellen, L. *penult. Cod. de usufructu.* L. 13. *Cod. de servitutibus.* b) Bei den Klagen, welche einer Stadt, einer Kirche, und dem fisco zustehen: denn solche kan man noch innerhalb 40. Jahren anhängig machen, weil sie privilegiret sind. (§. 451.) Und c) bei solchen Klagen, welche einen actum und Contrakt ungiltig machen oder rescindiren. Sie sind insgesamt actiones personales, und dauren doch nur kurtze Zeit, z. E. die actio paulliana, redhibitoria quanti minoris, und die meisten restitutiones in integrum.

Regula III. Omnes actiones poenales ex delictis privatis civiles perpetuæ, prætoriæ annales sunt. Denn obgleich zwischen den actionibus rei persequutoriis civilibus und den prætoriis kein Unterscheid ist: (§. 1170.) so haben dennoch die poenales, welche von dem Prætore herrühren, weil sie verhaßt sind, in Ansehung der Dauer die alte gesetzte Zeit behalten, und können nur innerhalb einen Jahr angestellet werden. Hiervon aber hat man folgende Klagen auszunehmen: 1) Die erste ist actio furti manifesti, welche perpetua ist, indem sie aus den LL. XII. Tabb. entspringet, aber die Straffe der doppelten Ersetzung rühret von dem Prætore her, *princ. Inst.* h. t. 2) Actio in factum adversus nautas, caupones, stabularios ist ebenfalls perpetua, ob sie gleich aus dem edicto erwachsen ist, L. ult. §. 6. D. *Nautæ, caupones, stabular.* 3) Actio arborum furtim cæsarum, L. 1. §. 6. 7. D. *arbor. furt.* 4) Actio depositi miserabilis, L. 18. D. *Depos.* welche zwar mixta ist, und auf eine doppelte Erstattung gehet, wie auch aus dem edicto Prætoris herrühret, aber nichts destoweniger noch innerhalb 30. Jahren angestellet werden kan. 5) Actio

ſervi corrupti, L. 13. D. *de ſervo corrupt.* 6) Actio de effuſis & deiectis, bei welcher man dieſes, als etwas ſonderbares, zu mercken hat, daß ſie zwar perpetua iſt, aber dennoch in einem eintzigen Fall nur innerhalb einem Jahr zur Hand zu nehmen iſt, nemlich wenn ein freier Menſch durch das Herabwerffen um ſein Leben kommen iſt, L. 5. §. 5. D. *de his qui effud. vel deicc.* Bei dem allen aber ſind dieſe drei Klagen wircklich actiones civiles; weil ſchon in den LL. XII. *Tabb.* ratione depoſiti miſerabilis, die pœna dupli gefunden wird. *Collat.* LL. *Moſaic. & Rom.* X, 6. IACOBVS GOTHOFREDVS *in Commentario ad* LL. XII. *Tabb.* Von dem ſervo corrupto hat ſchon Lex Aquilia unterſchiedenes in Erwehnung gebracht. L. 4. §. D. *de ſervo corrupt.* L. 31. D. *ad* L. *Aquil.* Aber der Prætor hat nach der Beſchaffenheit ſeiner Zeiten eines und das andere in dieſen Geſätzen geändert: deſſen ungeachtet blieben ſie doch actiones civiles, und mithin perpetuæ. Gleiche Bewandniß hat es auch mit der actione de effuſis & deiectis. Endlich 6) folgt actio doli mali, welche über alle maaſſen verhaßt iſt, und deswegen auch nur innerhalb zwei Jahren angeſtellet werden kan, L. *ult. Cod. de dolo malo.*

Regula IV. Accuſationes criminales ordinarie vicennariæ ſunt. Davon ſondern ſich aber folgende Fälle ab, a) wenn ein crimen lange Zeit getrieben und fortgeſetzt worden iſt. Denn wie will ein Dieb die Verjährung von 20. Jahren vorſchützen, da er ſint ſolcher Zeit beſtändig Dieberei verübet hat, L. 4. *Cod. de apoſt.* b) die ſogenannten delicta carnis, als Hurerei, Ehebruch, und dergleichen. L. 29. §. 5. *ſeqq.* D. *ad* L. *Iul. de adult.* Wohin wir auch das crimen bigamiæ zu rechnen haben. THOMASIVS in diſſ. *de præſcriptione criminis bigamiæ.* c) Das crimen peculatus und die Verordnung wider daſſelbe ex Senatusconſulto Silaniano, welches Verbrechen ſowol, wie die delicta carnis nur innerhalb fünf Jahren, angeklaget werden kan, L. 7. D. *ad* L. *Iul. de peculat.* L. 13. D. *ad SCtum Silanianum.* Siehe unten de crimine peculatus. (§. 1366.) Es enthält aber das SCtum Silanianum eine überaus ſtrenge und harte Verordnung. Denn wenn ein teſtator in ſeinem Hauſe um ſein Leben gekommen war: ſo wurde deſſen Teſtament nicht eher geöffnet, bis alle Knechte, die ſich nur in dem Hauſe befanden, ſamt und ſonders die Folter-Banck oder ſogenannte ſcharffe Frage ausgeſtanden, und bevor man nicht die wircklichen Mörder des Entleibten mit der gebührenden Straffe beleget hatte. Siehe unten *Tit. de SCto Silaniano.*

§. 1273 - 1277. Nunmehro folgen die verſprochene drei Regeln, nach welchen man vermögend iſt, einzuſehen, ob eine Klage den Erben und wider die Erben geſtattet werde, oder nicht.

Regula I. Omnes actiones rei perſequutoriæ & pœnales heredibus quoque dantur, niſi vel ad meram vindictam compiratæ ſint, vel actoris ſpeciarim non interſit.

interſit. Der Grund von dieſer Regel iſt leicht zu finden, denn 1) was der Verſtorbene nicht hinterläſt, das kan auch der Erbe nicht überkommen; woran aber der Verſtorbene bei ſeinem Leben ein Recht gehabt hat, daran muß auch der Erbe einen Anſpruch machen können, nur daß wir iura perſonalia davon ausnehmen. Es ſtellt demnach der Erbe eine Klage deswegen an, was der Verſtorbene bei Lebzeiten hat fordern können, weil der Erbe die Befugniß zu klagen von dem Verſtorbenen erhalten hat. 2) Ein Erbe tritt in alle die Gerechtſame und Befugniſſe, welche der Verſtorbene gehabt hat (§. 624.). Was man dahero dem Verſtorbenen ſchuldig war, es mochte ſich entweder auf ein ius in re, oder auf ein ius ad rem beziehen, das iſt man nunmehro auch den Erben abzutragen ſchuldig. Hiervon aber ſind alle rachgierige Klagen auszunehmen, wozu wir inſonderheit die Injurien-Klage und andere hier (§. 1273.) erzehlte Klagen zu rechnen haben. Wir nennen aber dieſe actiones deswegen rachgierige Klagen, weil man durch Anſtellung derſelben keinesweges etwas zu erlangen gedencket, das uns an unſerer Habſeligkeit fehlet, und weil ſie, folglich insgemein nur zu dem Ende angeſtellet werden, damit man ſein Müthgen kühlen und dem Beklagten wehe thun möge: an welcher Geſinnung und eigenem Beginnen des Verſtorbenen der Erbe weder Theil, noch Vortheil haben kan. Darzu kommt noch dieſes, daß der Verſtorbene alle Schmach und angethanes Unrecht auf ſeinem Tod-Bette den Beleidigern erlaſſen und vergeben zu haben ſcheinet: zumal da er bei geſunden Tagen deswegen nicht geklaget hat. VINNIVS *ad §. ult. Inſt. de iniuriis.* Davon nehmen wir auch die ſo benemten actiones populares aus: L. 5. §. 5. D. *de his qui effud. vel deiec.* weil ſolche ein ieder von dem Volck anzuſtellen befugt iſt, keiner aber ſo ein beſonderes und eigenes Recht zu klagen hat, daß er daſſelbe auf ſeine Nachkommen vererben kan.

Regula II. Omnes actiones rei perſequutoriæ, etiamſi ex delicto ſint, adverſus heredes dantur. Mit den letztern Worten dieſer Regel ſtimmt DVIRSEMA *in Coniectur. iur. lib.* I. *cap.* VII. §. 100. ſeq. nicht überein, aber ohne hinlängliche Urſach. Denn was iſt ausgemachter und gewiſſer, als daß die condictio furtiva, und actio rerum amotarum auch wider die Erben geſtattet werde? Zwar giebt er vor, es gründen ſich dieſe Klagen keinesweges auf ein Verbrechen: allein eben ſo leicht würde er haben läugnen können, daß zweimal zwei viere iſt. Denn der §. 9. *Inſt. de L. Aquilia* iſt ihm ſchnur gerade entgegen, indem der Keiſer *Iuſtinianus* ſelbſt dabei dieſe Worte gebrauchet: *Ideoque conſtat, in heredem hanc actionem non transire: quæ transitura fuiſſet, ſi ultra damnum nunquam lis æſtimaretur.* Welche deutlichen

Worte gedachter Verfaſſer allem Anſehen nach entweder gar nicht geſehen, oder wenigſtens nicht hat begreiffen können.

Regula III. Actiones pœnales, ſive ex delicto, ſive ex contractu, e. g. depoſiti miſerabilis, heredibus quidem, ſed non contra heredes dantur, niſi ab ipſis delinquentibus ſint conteſtatæ. Der Grund von dieſer Regel iſt, weil die Straffen perſonales ſind, und folglich mit denſelben nur die Verbrecher, keinesweges aber die unſchuldigen Erben beleget werden können, L. 26. D. *de pœnis.* Wenn wir aber per modum exceptionis darzu ſetzen, niſi conteſtatæ ſint ab ipſis delinquentibus, ſo gründen wir uns bekanntermaaſſen auf den quaſi contractum litis conteſtationis. Als bei welcher eine novatio vorgegangen iſt, und deswegen daher der Erbe des verſtorbenen Delinquenten nicht ex delicto, ſondern vermöge des quaſi contractus die Geld-Straffe zu erlegen hat. (§. 1119.) Es gehen demnach die actiones pœnales lite conteſtata allezeit auf die Erben. §. 1. *Inſt. h. t.* L. 26. L. 58. D. *de obl. & act.* L. 164. D. *de Reg. Iur.*

Tit. XIII.

De Exceptionibus.

§. 1276. 1277.

Hiermit haben wir demnach die abzuhandelnde Lehre de actionibus zu Ende gebracht. Gleichwie aber ein Kläger ſeine Klage anzuſtellen befugt iſt: alſo iſt auch der Beklagte ſich wider des Klägers Anbringen zu vertheidigen berechtiget. Dergleichen Vertheidigung nun geſchiehet entweder durch eine bloſſe Verneinung, z. E. da der Kläger geſagt hat: *aio, te centum debere*, ſo antwortet Beklagter darauf, *nego, me centum debere*: oder auch durch Geſtändniß der Klage, mit welchen wir aber zu Zernichtung derſelben einen Einwurff oder Schutz-Rede verbinden. Es heißt z. E. des Klägers Anbringen: *Aio, te mihi debere centum:* darauf antwortet Beklagter: *Fateor, ſed oppono exceptionem SCti Macedoniani, quia fui filius familias.* Von ſolchen und dergleichen Einwendungen, Schutz-Reden, Verantwortungen, oder wie man irgend bei uns die exceptiones zu verdolmetſchen pfleget, wollen wir allhier dergeſtalt handeln, daß wir erwegen, 1) was eine Verantwortung ſey. §. 1277. 2) Wie vielerlei es Verantwortungen gebe. §. 1278 ſ. 1280. 3) Wenn eher man ſolche vor Gericht vorbringen müſſe. §. 1281. ſequ. Ueberhaupt iſt eine exceptio omnis rei allegatio

allegatio ac defensio, qua intentio actoris vel ipso iure vel ob æquitatem eliditur. L. 2. §. 1. L. 15. D. *h. t.* Wobei wir noch insonderheit zu mercken haben, daß die exceptiones in unsern Corpore iuris auch præscriptiones und defensiones genennet werden. L. 4. L. 8. L. 11. L. *ult. Cod. de exceptionibus seu præscriptionibus.* Aber in genauern und engerem Verstande ist eine exceptio actionis, iure stricto competentis ob æquitatem exclusio. arg. *princ. & §. 1. Inst. h. t.* L. 2. *princ.* D. *h. t.* L. 12. D. *de dol. mal. & met. except.* Aus dieser letztern Erklärung erhellet demnach, daß diejenigen Verantwortungen eines Beklagten, vermittelst welcher des Klägers Anbringen ipso iure hinweg fällt, z. E. solutionis, compensationis, und dergleichen eigentlich keine exceptiones seynd: ob man dieselben gleich in den Gerichten exceptiones gemeiniglich zu nennen pfleget. Dagegen heißt es vielmehr, daß derjenige excipire, welcher sich wider eine Klage verantwortet, welche sich auf ein ius strictum gründet, weswegen auch der Kläger damit gehöret werden solte, wenn ihn nur nicht die natürliche Billigkeit daran behinderte. Also haben wir oben gesagt, daß eine gezwungene Bewilligung dennoch eine Bewilligung sey; aber die Billigkeit erfordert, daß ein mit Gewalt und Schrecken abgenöthigtes Versprechen ungiltig zu machen sey: und darum wird die exceptio quod metus caussa gestattet. In dem gemeinen Rechts-Gebrauch nennen die pragmatici die Verantwortungen, wodurch eine Klage ipso iure dahin fällt, *exceptiones facti*, aber die von der andern Art, wodurch eine Klage wegen vorgeschützter Billigkeit allererst vereitelt wird, *exceptiones iuris.*

§. 1278 ⁊ 1280. Wir kommen nunmehro zu den unterschiedenen Eintheilungen der Exceptionen selbst. Denn 1) sind einige civiles, unter welcher Benennung diejenigen verstanden werden, welche aus den Legibus, Senatusconsultis, Constitutionibus principum ihren Ursprung haben, z. E. die exceptio non numeratæ pecuniæ, die exceptio SCti Macedoniani, SCti Velleiani, u. d. m. 2) Prætoriæ, welche die Prætores in ihren edictis verstattet haben, z. E. exceptio quod metus caussa, doli mali, pacti iurisiurandi, u. s. w. Der Wirckung nach sind solche Einwendungen nicht unterschieden: daher hat auch diese Eintheilung keinen sonderlichen Nutzen. Denn obgleich die actiones civiles perpetuæ, die prætoriæ aber temporariæ sind; so wird doch solcher Unterscheid keinesweges an den so benemten Einwendungen wahrgenommen: weil es zwar in meinem freien Willen stehet, eine Klage anzustellen, zu welcher Zeit ich will, aber die Verantwortung anzubringen sich nicht eher schicket, bis sich bei erhobener Klage Gelegenheit dazu angiebet. Solchemnach sind die exceptiones allesamt perpetuæ, ausgenommen die exceptionem non numeratæ pecuniæ, als welche man nur innerhalb zwei

Jahren zu opponiren befugt ist, (§. 894.) ob sie gleich eine exceptio civilis ist. §. *un. Inst. de litter. Oblig.* 3) Sind die exceptiones entweder *perpetuæ* und *peremtoriæ*, oder *temporariæ* und *dilatoriæ*. Die *perpetuæ* oder *peremtoriæ* d. i. nach unserer Art zu reden, die zerstörlichen Ausflüchte sind solche Einwendungen, welche die gantze Klage und des Klägers Anbringen gäntzlich über den Hauffen werffen, und auf immerwährende Zeit vereiteln und zernichten, z. E. exceptio SCti Macedoniani. Dahingegen nennet man actiones *dilatorias* seu *temporarias*, nach unserer Sprache verzögerliche Ausflüchte, diejenigen Einwendungen, wodurch eine Klage nur auf eine Zeitlang verschoben, und die Wirckung derselben in etwas aufgehalten wird. Z. E. die exceptio cautionis nondum præstitæ, exceptio feriarum, u. d. m. Hierbei verdienet das unvergleichliche Buch SEPT. FLOR. RIVINI, *Specimen exceptionum forensium* genannt, nachgeschlagen zu werden. 4) Heissen einige exceptiones *in rem*, welche sowol Erben als Erbnehmer nutzen können, und sind fast alle von derselben Beschaffenheit. Einige heissen exceptiones in personam, welche sich nemlich auf ein persönliches privilegium gründen, und daher mit der Person selbst aussterben, z. E. die exceptio beneficii competentiæ, denn diese Rechts-Wohlthat kommt nur einigen Personen zu gute. (§. 1199.)

§. 1281. 1282. Wir haben noch die Frage zu erörtern, wenn eher man die Einwendungen vor Gerichte eröfnen und opponiren müsse? Hierbei kömmt es auf zwei Regeln an.

Regula I. Exceptiones dilatoriæ opponendæ sunt ante litis contestationem. L. *pen.* L. *ult. Cod. de Exceptionibus seu præscriptionibus.* Hiervon sind ausgenommen 1) die exceptiones, welche einen Proceß vernichten, z. E. exceptio legitimationis personæ procuratoris; 2) welche sich hernach post facto hervorthun, z. E. exceptio cautionis, da nemlich der Kläger seine unbeweglichen Güter nachhero erst bona fide verkaufft hat. Denn diese können noch allemal opponiret werden, in quacunque parte iudicii L. 4. cod. 3) Die privilegirten exceptiones, als welche auch noch bei der Execution statt finden, z. E. exceptio incompetentis iudicis, exceptio beneficii competentiæ, cedendarum actionum, und dergleichen L. 41. D. *de iudic.* L. 4. §. 1. D. *de fideic.*

Regula II. Exceptiones peremtoriæ in iudiciis bonæ fidei opponi possunt in quacunque parte iudicii, in stricti iuris actionibus ante litis contestationem allegandæ & post litis contestationem probandæ sunt. L. 8. *Cod. h. t.* L. 9. *Cod. de præscript. longi temp.* In unsern Gerichts-Gebrauch aber müssen solche exceptiones allesamt bei der Kriegs-Befestigung Rechtens mit angehänget werden, es wäre denn, daß a) solche den Anfang des Processes hinderten, und solche sind diejenigen, welche man gleich darthun und erweisen kan; oder b) daß die exceptiones privi-

privilegirt wären, z. E. die exceptio SCti Macedoniani und SCti Velleiani, davon jene auch vor der litis contestation, diese aber noch selber bei der Execution vorgetragen werden können, L. 11. D. *ad SCtum Velleianum.*

Tit. XIV.

De Replicationibus.

§. 1283 - 1285.

Gleichwie ein Beklagter des Klägers Anbringen durch seine Verantwortung unkräfftig machen kan: also bemühet sich auch hinwiederum der Kläger des Beklagten Einrede durch seine Replik zu entkräfften. Dannenhero ist replicatio nova actoris allegatio, qua exceptionem rei elidit. Darauf folgt denn von Seiten des Beklagten die sogenannte duplic oder duplicatio, welche nichts anders ist, als nova allegatio rei, qua replicationem actoris excludere conatur. Gesetzt also, die actio wäre: *Aio, te mihi debere centum ex mutuo.* Darauf hätte der Beklagte die Einwendung gemacht: *Fui filius familias, adeoque tibi obstat exceptio SCti Macedoniani.* Hierauf repliciret der Kläger: *Atque tu iussu patris contraxisti.* Alsdann könte die duplic diese seyn: *Nego patrem iussisse.* Hier sehen wir gantz deutlich, wie das vorhergehende Anbringen allemal durch das darauf folgende geschwächet und entkräfftet wird. In manchen Teutschen Gerichten sind auch wohl mehr allegationes erlaubt, so daß man auch wohl bis an Sextuplicationem kommt: allein je mehr Anbringen man vergönnet, desto mißlicher siehet es in solchen Gerichten aus: obgleich nicht geläugnet werden kan, daß gar oft noch viel gutes bei einem Proceß zu stifften wäre, wenn ein gewissenhafter Richter nach Beschaffenheit der Sache die Parteien über die duplic schreiten zu lassen Befugniß hätte. Wie dann in der Cammer-Gerichts-Ordnung, P. III. *Tit.* XXXVIII. dieses ausdrücklich versehen ist, daß obwol *Tit.* XXVI. §. 3. *Tit.* XXIX. §. *ult.* über die duplic, und höchstens über die triplic der Richter nicht verfahren soll, ihm dennoch frei stünde, nach Gestalt, Gelegenheit und Nothdurfft der Sachen, Händel und Parteien auch weitere Schrifften, dann diese Ordnung vermag, als nemlich *Triplicas*, *Quadruplicas*, und dergleichen, doch in einer gewissen Anzahl, und beiden Theilen zugleich zugelassen, und derhalben den Parteien, daß solches ihre Nothdurfft erfordere, mit dem Eide zu erhalten, aufzulegen. Uebrigens ist noch zu mercken, 1) daß der Beklagte durch

durch das Anbringen seiner Exception, in Ansehung seiner Obliegenheit, als Kläger angesehen wird; mithin ist er seine Exception zu erweisen und auch die schriftlichen Urkunden heraus zugeben schuldig; 2) daß der Beklagte das letzte Wort haben müsse: weil ihm die Vertheidigung zustehet, und daher in den Teutschen Gerichten allemal mehr Schutz, Huld und Gewogenheit findet, als der Kläger, wovon sich obgedachter maassen bei den alten Römern das Widerspiel geäussert, in den folgenden Zeiten aber auch wieder geändert hat. *l. 125. D. de Reg. Iur.*

Tit. XV.
De Interdictis.

§. 1286-1289.

Die actiones in rem et in personam sind in den bisherigen Titeln abgehandelt worden, und sind nur einzig und allein die interdicta davon noch übrig. Denn weil dieselben eigentlich weder aus einem iure in re, noch aus einem iure ad rem entspringen, sondern sich blos auf den Besitz gründen: so hat der Keiser *Iustinianus* deren Abhandlung bis hieher versparet. Wir wollen also dabei erwegen, 1) was für einen Ursprung, und welche Beschaffenheit die interdicta haben? §. 1286-1289. 2) Wie mannichfaltig sich dieselben eintheilen lassen? §. 1290. 1291. und 1295. 3) Welches die interdicta adipiscendæ possessiones seynd? §. 1292-1298. 4) Welche interdicta retinendæ possessionis seynd? §. 1299-1302. 5) Welches die interdicta recuperandæ possessionis seynd? §. 1303-1305. 6) Was es mit den possessoriis in unserm Rechts-Gebrauch eigentlich für eine Bewandniß habe? §. 1306-1308. Da wir also erstlich den Ursprung und die Beschaffenheit der interdictorum zu untersuchen haben, so ist bereits gedacht worden, daß man vermittelst derselben vornemlich wegen eines Besitzes zu klagen habe. Man muß aber nicht dafür halten, als ob ein natürlicher Besitz alhier zu verstehen sey, da jemand eine Sache nur blos in den Händen hat, und also nur der Inhaber von der Sache ist, weil er dieselbe gemiethet, in Verwahrung genommen, oder als ein unverbräuchliches Darlehn überkommen hat: sondern hier ist die Rede von einem bürgerlichen Besitz, da man eine Sache iusto titulo, ad transferendum dominium habili, z. E. durch einen Kauff, durch eine Schenckung, durch ein Vermächtniß, Tausch und dergleichen, eigenthümlicher Weise in dem Besitz überkommen hat. Sich nun bei solchen Besitz

Beſitz zu behaupten, oder denſelben zu erlangen, iſt noch wohl der Mühe werth; obgleich derſelbe kein ius reale, kein ius perpetuum, ſondern eine nur ſo lange daurende Befugniß mit ſich zu führen pfleget, bis der Richter den Beſcheid deswegen eröffnet. Zudem haben wir Rechtsgelehrten den vortreflichen Weide-Spruch: *Beati poſſidentes*, beſſer haben, als hätte ich. Und was für eine herrliche Sache iſt es nicht um den Beſitz, da man a) des Beweiſes überhoben iſt, vermittelſt deſſen man darthun ſoll, daß man die Sache iuſto titulo an ſich gebracht habe. L. 23. *Cod. de rei vindic.* Da man b) als bonæ fidei poſſeſſor alle Nutzung zu heben, und aufs höchſte bei widrig ausfallenden Beſcheide allein die fructus exſtantes auszuantworten hat. (§. 427.) c) Da man die Sache ſo lange in ſeiner Gewahrſam behalten darf, bis uns der Richter dieſelbe durch ſein Urtheil aus den Händen windet. §. 4. *Inſt. h. t.* Welches uns an denjenigen Orten ſehr wohl zu ſtatten kommt, wo man die Proceſſe hundert und mehr Jahr lang auszudehnen pfleget. Da man d) ſich eigenmächtiger Weiſe wider diejenigen ſchützen und vertheidigen kan, welche uns von einem Gute herausjagen wollen. Da man e) ſich, wenn es uns bei einen allzugewaltigen Ueberfall mißlungen iſt, daß man uns herausgeworffen hat, ſogleich auch wiederum ein Hertz faſſen, und die gewaltthätigen Widerſacher mit ſtürmender Hand eigenmächtiger Weiſe in friſch aufgebrachter Wuth gleichermaaſſen herausſchmeiſſen kan, L. 1. *Cod. unde vi.* L. 3. §. 9. L. 17. D. *de vi & vi armata*; da ſonſt alle eigenmächtige Rache verboten iſt, und ſich niemand das Recht mit Gewalt ſelbſt ſprechen darf. L. 176. D. *de Reg. Iuris.* Da man ſich endlich, f) wenn auch unſer Gegner gleiches Recht an der Sache hätte, an dem Richter den beſten Rückenhalter getroſt verſprechen kan, als welcher auch in zweiffelhafften Fällen ſo gar ſeinen Beſcheid zu unſern Beſten einzurichten verbunden iſt? L. 125 L. 128. D. *eod.* So oft nun ein Streit unter dem Römiſchen Volck wegen des Beſitzes entſtanden war, ſo oft war der Prætor darauf bedacht, daß demſelben bald ein Ende gemacht würde. Daher nahm er die Sache in eigener Perſon vor, und gab den kürtzeſten Beſcheid, z. E. *uti poſſidetis ita poſſideatis*, als womit er dem Beſitzer ſo gleich das Wort ſprach, ſich ſo lange dabei zu erhalten, bis das petitorium, wozu der Widerſacher verwieſen wurde, ſeine Endſchafft erreichet hatte. Wir können ſolchemnach von den interdictis damaliger Zeiten folgende Erklärung ſtellen, quod ſint formulæ & conceptiones verborum, quibus Prætor in cauſſa poſſeſſionis aliquid fieri iubebat, aut prohibebat, *princ. Inſt. h. t.* Nach unſern Rechts-Gebrauch aber ſind interdicta nichts anders als actiones extraordinariæ, quibus de vera & quaſi poſſeſſione breviter & ſummarie diſceptatur, *princ. & §. ult. Inſt. h. t.* Nun ſind zwar noch andere cauſſæ proprietatis

vorhanden, welche gleichermaaſſen per interdicta in Richtigkeit gebracht werden: allein derſelben ſind ſehr wenig, und gemeiniglich ſo beſchaffen, daß man Thätlichkeiten dabei zu befürchten hat, oder daß man wegen allgemeiner Wohlfahrt denſelben ſchleunige Hülffe leiſten muß, wovon wir in unſern Pandecten *Lib.* XLIII. eigentlicher zu reden haben werden.

§. 1290. 1291. & 1295. Wir wenden uns nunmehro zu den unterſchiedenen Abtheilungen der interdictorum, und deren ſind hauptſächlich drei. Die erſte Abtheilung enthält interdicta prohibitoria, reſtitutoria, exhibitoria. Durch die prohibitoria ſind diejenigen interdicta zu verſtehen, dadurch der Prætor etwas zu unternehmen verbot, z. E. Ne quid in loco ſacro fiat, u. d. m. Reſtitutoria nennt man, wodurch der Prætor etwas wieder herzuſtellen befahl, z. E. das Interdictum Vnde vi, u. d. m. Exhibitoria ſind, vermittelſt welcher der Prætor etwas entweder öffentlich vorzuzeigen, oder in Augenſchein nehmen zu laſſen, befohlen hatte, z. E. das Interdictum de Tabulis exhibendis. Die zweite Abtheilung begreifft interdicta duplicia und interdicta ſimplicia. Von den duplicibus werden wir mit einander §. 1305. zu reden haben. Simplicia aber ſind, wo nur einer der Kläger und der andere der Beklagte ſeyn kan, z. E. bei dem interdicto Vnde vi kan nur allezeit derjenige Kläger ſeyn, welchen der Widerſacher aus dem Guthe herausgeworffen hat, folglich iſt der der Beklagte, der dieſe Gewaltthätigkeit verübet hat. Dagegen nennt man interdicta duplicia diejenigen, bei welchen einer, wie der andere, Kläger und Beklagter ſeyn kan. Dergleichen ſind die interdicta Vti poſſideris und Vtrubi. Denn da hier der Beſitz zweiffelhafftig iſt; ſo könte der eine ſowol, als der andere, ſeine Klage anbringen: aber derjenige wird für den Kläger angenommen, welcher zuerſt geklaget hat. Klagen ſie aber beide zu gleicher Zeit; ſo iſt der der Kläger, welcher das erſte Wort ſpricht: wo ſie aber zu gleicher Zeit das erſte Wort ſprechen, da muß das Loos den Kläger ausmachen. Die dritte Abtheilung zeiget uns folgende interdicta, adipiſcendæ poſſeſſionis, wodurch wir den Beſitz ſuchen, den wir noch nicht gehabt haben. Retinendæ poſſeſſionis, wodurch wir es dahin zu bringen ſuchen, damit wir desjenigen Beſitzes, worinnen wir uns zur Zeit befinden, nicht verluſtig gehen. Recuperandæ poſſeſſionis, vermittelſt welcher man ſich zu den verlornen Beſitz wieder zugelangen Mühe giebet. §. 2. 3. 4. *Inſt. h. t.* Wir wollen nunmehro von einem jeden inſonderheit handeln.

§. 1293 - 1298. Die interdicta adipiſcendæ poſſeſſionis ſind folgende drei:

1) Das interdictum *Quorum bonorum*, welches demjenigen geſtattet wird, welchem der Prætor den Beſitz der Güter zuerkannt hat, oder welcher

durch

durch Hülffe des Prætoris zur Erbschafft gelanget ist, L. 1. *princ.* D. *Quorum bonorum*, und zwar wider den, welcher eine Erbschafft pro herede oder pro possessore besitzet, damit der Kläger zum Besitz der Erbschafft gelanget, §. 3. *Inst. h. t.* L. 1. *princ.* D. *Quorum bonorum.* Dieses interdictum kommt also mit der hereditatis petitione überein, dessen ungeachtet ist es derselben nicht gantz und gar gleich. Denn a) ist die hereditatis petitio ein iudicium petitorium; dieses interdictum aber ein possessorium. b) Vermittelst jener dringet man auf das Erbschaffts-Recht, aber vermittelst dieses auf den Besitz der Erbschafft selbst. c) Vermittelst jener erhält man res corporales & incorporales, durch dieses aber nur allein corporales. L. 2. D. *Quorum bonorum.* Es hat aber auch dieses interdictum etwas ähnliches mit dem remedio ex L. *ult. Cod. de edicto Divi Hadriani tollendo:* dabei sich gleichwol dieser Unterscheid findet, daß man durch jenes den Besitz der Erbschafft erlanget, wenn uns der Prætor bonorum possessionem ertheilet hat: da man hingegen durch dieses remedium nur alsdenn bonorum possessionem überkommt, wenn man als testamentlicher Erbe ein solches Testament vorzeigen kan, woran sich kein sichtbarer Fehler zeiget.

II.) Gehöret hierher das interdictum *Quod Legatorum.* Denn ein legatarius wird zwar sogleich nach dem Tode des testatoris von der ihm vermachten Sache Eigenthums-Herr. (§. 606.) L. 80. D. *de Legat.* II. L. 64. D. *de furtis.* Allein deswegen ist er nicht sogleich auch Besitzer davon. Ja er kan nicht einmal den Besitz von seinem Vermächtniß eigenmächtiger Weise ergreiffen, sondern er muß dasselbe von der Hand des Erben erhalten, damit er denselben nicht um die Befugniß bringet, die quartam *Falcidiam* davon abzuziehen. L. 1. §. 2. D. L. *un. Cod. Quod legatorum.* Wenn sich nun nichts destoweniger der legatarius des Besitzes der vermachten Sache bemeistert hat; so stellt der Erbe de legatis in posterum præstandis fideiussorische Caution: und alsdenn ergreifft er das interdictum *Quod legatorum* wider den legatarium, damit er den Besitz der vermachten Sache wiederum bekomme, und so lange behalte, bis er gedachte quartam davon abgezogen hat.

III.) Ist noch hierher zu ziehen das interdictum *Salvianum*, welches seinen Namen von dem Prætore *Salvio*, als seinem Urheber, führet. Solches wird dem Verpächter eines fundi oder prædii rustici wider den Pächter zu Erlangung des Besitzes der verpfändeten Sachen gestattet. §. 3. *Inst. h. t.* Demnach ist dieses interdictum auf einen gantz eigenen und sonderbaren Fall gerichtet, da es nur dem Verpächter eines prædii rustici zu statten kommen soll. Allein man hat dasselbe per interpretationem auch auf andere Gläubiger gezogen, welchen von Seiten des Schuldners ein Unte

ſchrieben und beſtimmet worden: mithin iſt ſolches auch wider dergleichen debitores mit gutem Nutzen zu gebrauchen, da man vermittelſt deſſelben den wircklichen Beſitz der verpfändeten Sache erhalten kan. Ein jeder fleiſſiger Zuhörer wird hieraus gar leicht abzunehmen im Stande ſeyn, daß dieſes interdictum der Servianiſchen und quaſi Servianiſchen Rechts-Klage gleich komme, als von welcher bereits oben (§. 818. & 1138.) hinlängliche Erwehnung geſchehen iſt. Nichts deſtoweniger ſind dieſe Rechts-Mittel vornemlich in drei Stücken von einander unterſchieden. Denn 1) ſind gedachte beide Klagen actiones reales, das interdictum *Salvianum* und *quaſi Salvianum* aber ſind remedia perſonalia, L. 1. §. 3. D. *h. t.* 2) Jene werden wider einen jedweden Beſitzer geſtattet, da dieſe hingegen nur wider den Schuldner anzuſtellen ſind: 3) bei jenen muß man beweiſen, daß das Unterpfand, welches man uns verſchrieben zu ſeyn vorgiebt, bei Schlieſſung des Contrakts noch wircklich in des Schuldners Gütern und Habſeligkeiten geweſen ſey, L. 15. §. 1. D. *de pignor. & hypothec.* Bei dieſen hingegen wird ſolches nicht erfordert.

§. 1299 - 1302. Die interdicta retinendæ poſſeſſionis, vermittelſt welcher man ſich bei einem Beſitz zu behaupten und zu erhalten ſuchet, ſind folgende zwei, nemlich *Vti poſſidetis* und *Vtrubi*. Beide kommen demjenigen zu ſtatten, welcher ſich noch zur Zeit der litis conteſtation in dem Beſitz einer Sache, welchen er weder mit Gewalt, noch heimlich, noch auch bittweiſe erhalten hatte, befand. Er gebraucht demnach daſſelbe wider einen jeden, welcher ihn in den Beſitz beunruhiget, daß a) ein ſolcher Friedens-Stöhrer von ſeiner Beunruhigung abſtehe, b) daß er den Beſitzer ins künftige nicht zu beunruhigen Caution beſtelle, und c) daß er dem Kläger allen erlittenen Schaden vergüte. Hierbei fragt ſichs, ob dieſe interdicta bei ſo beſtallter Beſchaffenheit gar nicht von einander unterſchieden ſeynd? Reſp. In dieſem eintzigen Stück, daß das interdictum *Vti poſſidetis* nur von demjenigen Beſitzer zu gebrauchen iſt, welcher in unbeweglichen Gütern verunruhiget wird: dahingegen das interdictum *Vtrubi* von demjenigen zur Hand genommen werden muß, welchen man in dem Beſitz der fahrenden Habe ſtöret. L. 1. §. 8. & 9. D. *Vti poſſidetis.* L. un. §. 1. D. *Vtrubi.* §. 4. *Inſt. h. t.*

§. 1303 - 1308. Hiernächſt haben wir von der poſſeſſione recuperanda das eintzige interdictum Vnde vi, welches derjenige zur Hand nimmt, den man gewaltthätiger Weiſe aus ſeinem Beſitz geworffen hat. Er oder deſſen Erbe gebraucht es wider den deiicientem, um wiederum zu dem verlornen Beſitz, nebſt der gehobenen Nutzung und Vergütung alles Schadens zu gelangen, §. 6. *Inſt. h. t.* Allein ſint der Zeit das Ius Canonicum den can. redintegranda 3. C. 3. qu. 1. und cap. 18. X. *de reſtitutione ſpoliato-*

ſpoliatorum, aufgebracht, und dadurch das monſtrum actionis, oder die ſogenannte Spolien-Klage eingeführet hat: ſo iſt dieſe viel gebräuchlicher, als das interdictum Vnde vi. Der Unterſcheid aber, welcher ſich zwiſchen dieſer geiſtlichen Rechts-Klage und dem interdicto findet, iſt 1) daß dieſes nur wegen einer unbeweglichen Sache geſtattet wird, die Spolien-Klage hingegen wegen beweglicher und unbeweglicher Güter, *cap.* 2. *de reſtitutione ſpoliatorum in* 6to. *cap.* 6. X. *de ſepulturis.* ja auch ſogar wegen zuſtehender Gerechtſame oder iurium, wovon man uns ausgeſchloſſen hat, gebrauchet werden kan. *cap.* 3. X. *de cauſſa poſſeſſionis & proprietatis. cap.* 9. & 10. X. *de reſtitutione ſpoliatorum.* STIPPMANN tr. *de Salario Clericorum.* 2) Dieſes interdictum iſt ein remedium perſonale und wird mithin nur contra deiicientem ergriffen: aber die Spolien-Klage iſt actio realis, und kan wider einen jedweden Beſitzer angeſtellet werden, der das Spolium von dem ſpoliatore wiſſentlich quocunque titulo erhalten hat. *cap.* 18. X. *de reſtitutione ſpoliatorum.* Und eben dieſes iſt derjenige Punkt, welcher wohl zu mercken iſt. Denn wir haben bereits oben (§. 334.) gemeldet, daß, nach dem iure civili Romano nur vier ſpecies iuris in re vorhanden ſind, die poſſeſſio nach der Verfügung des iuris canonici eintzig und allein durch dieſe Spolien-Klage zur fünften ſpecie iuris in re worden iſt. 3) Bei der Spolien-Klage heißt es: *Spoliatus ante omnia reſtituendus eſt:* deswegen wird Beklagter mit keiner eintzigen exception gehöret, ſondern, wenn er ſich lange ſtreubet, durch den Richter mit Gewalt herausgeworffen, als welcher gedachtem Rechts-Spruch unterweilen bei der Execution auf die gewaltthätigſte Weiſe nachlebet. *cap.* 1. 2. 3. 5. 6. X. *de reſtitutione ſpoliatorum. cap. ult.* X. *de ordine cognitionum.* Hingegen verfähret man bei dem angeſtellten interdicto Vnde vi mit dem Beklagten weit höflicher und beſcheidener. Man höret ihn mit ſeinen exceptionibus, und verfähret nach Beſchaffenheit derſelben, wie es die Billigkeit erfordert. ZIEGLERI *Commentarius ad can. Redintegranda.* GAILIVS *Lib.* II. *Obſ.* 75. Herr Geh. Rath Böhmer in *Iure Eccleſiaſtico Proteſtantium Vol.* I. p. 118. ſeqq. Damit nun endlich unſere Zuhörer auch ein Beiſpiel von gedachter Spolien-Klage wahrnehmen können: ſo iſt dasjenige Libell, welches der ſel. ZIEGLER in dem angeführten *Commentario cap.* IX. *in fine* über die umſtändliche Erzehlung, die ſich in LEHMANNI Speieriſcher Chronick. *lib.* VII. *cap.* 86. *p. m.* 888. ſeqqu. findet, ſelbſt abgefaſſet hat, wegen aller darin beobachteten Erforderniſſe vor andern merckwürdig. Solches lautet folgender maſſen: Vor Ihrer Keiſerlichen Majeſtät, und Heil. Röm. Reich ſämtlichen zu Nürnberg, verſammleten Ständen erſcheinet *Raban*, Biſchof zu Speier, bedinget Ihme alle Rechts-Wohlthaten, ſo Ihme, als *Spoliato*, inſonderheit *exc. Redintegranda C. 3. qu. 1.*

zu ſtatten kommen können, zuförderſt aber mit überflüſſigem Beweiß unbeladen zu ſeyn. Setzt hierauf Klage und Zuſprüche wider die Bürgerſchafft zu Speier, nicht zwar in Form eines *Libells*, ſondern ſchlechter Geſchichts-Erzehlung, und *per implorationem officii iudicis*, und ſagt kürzlich, welchergeſtalt ermeldte Bürger am 1. Junii Anno 1422. mit groſſer Gewalt, grimmiger und wütender Weiſe, aus der Stadt auf *St. Germans*-Berg gefallen, daſelbſt die Kirche und das gantze Stifft mit allen Häuſern, Scheunen und Gebäuden abgebrannt, zerriſſen, geſchleifft, und dem Boden eben gemacht, alle Kelche, Meß-Bücher, geiſtlichen Ornat, und andere daſelbſt ſowohl über, als unter der Erden vorhandene *mobilia*, ſo theils zu Verrichtungen des Heil. Ambts, theils zum Unterhalt der Dohm-Herren angeſchafft, und aufgehoben geweſen, geraubet und entwendet. Woran ſie annoch nicht erſättiget geweſen, ſondern ſie haben hierüber auch alle Prieſter und Geiſtliche, auſſer die Barfüſſer, und Prediger-Mönche ihrer Wohnungen in der Stadt mit gewehrter Hand und gewaltiger That freventlich entſetzet, dieſelbe auch gar aus der Stadt gejagt, alle ihnen zuſtehende, und in der Stadt befindliche *mobilia* an Früchten, Wein, Hausrath, Bücher und andern Dingen gleichfalls genommen, und ſie ihrer gantzen Haab und Güther entwehret. Immaaſſen dieſes alles durch das gantze Röm. Reich kundbar, und zum theil durch *ocular-inſpection incontinenti* beizubringen, Gegentheil auch nimmermehr verneinen kan. Wenn denn dieſes eine recht frevelhaffte und friedbrüchige Gewaltthat iſt, und dahero keinesweges zu geſtatten, oder derſelben nachzuſehen, Klägern auch oblieget, das ihme anvertrauete und untergebene geiſtliche Stifft mit allen Pertinentien wider die Friedbrecher, und gewaltſame Thaten nachdrücklich und kräfftiglich zu vertreten, und damit ſolches unvermindert auf die Nachkommen gebracht und erhalten werden möge, beſten Fleiſſes wahrzunehmen, auch die Ihme untergebene Geiſtliche bei ihren *beneficiis*, Freiheiten und Gerechtigkeiten, Clöſtern und andern geiſtlichen Gebäuden zu ſchützen und zu erhalten: ſo bittet Kläger *per modum implorationis officii iudicis ſummariæ*, ohne einzigen gerichtlichen Proceß, oder weitläufftige Ausführung der Sachen in Rechten zu erkennen und auszuſprechen, daß Beklagte ungeſäumt die Kirchen, und Stifft zu *St. German.* ſammt allen denen Häuſern, ſo von ihnen verbrannt und niedergeriſſen worden, wiederum aufzubauen, und in ſolchen Zuſtand, als

ſie

ſie vorhin geweſen, zu bringen, die ausgejagte Geiſtlichkeit in ihren Gewahrſam hinwiederum zu verſchaffen, alle geraubte und genommene, oder ſonſten durch ſolche Gewaltthat verlohrne Kelche, Meß-Bücher, *Ornat*, ingleichen alle andere *mobilia*, wie die Namen haben mögen, ſo entweder verbrannt, oder geraubt, oder zerſchlagen, oder ſonſt durch dieſen gewaltſamen Einfall in und auſſer der Stadt verlohren worden, nebſt allen entrathenen Nutzungen und verurſachten Unkoſten zu *reſtituiren*, oder deren Werth zu erſetzen ſchuldig. Dieſes oder was ſonſten hätte gebeten werden ſollen, ſtellet Kläger *cum imploratione nobiliſſimi officii iudicis, pro omni meliore modo adminiſtranda iuſtitia* zu rechtlicher Erkänntniß. Hingegen würde das interdictum Vnde vi, oder vielmehr die Summariſche Implorations-Schrifft folgendergeſtalt abzufaſſen ſeyn: Aus beigehenden Pacht-Contrakt *ſub lit. A.* iſt mit mehrern zu erkennn, daß *Iavolenus* mir ſein Forwerg nebſt Schäfferei und Mühle, wie auch dabei liegendem Gefilde Pachtsweiſe eingeräumet und abgetreten hat, wie ich denn auch ſolches bis anhero in guten Frieden ruhig beſeſſen und genuget habe. Allein vor 14. Tagen hat ſich derſelbe erkühnet, mich mit Weib und Kind durch ſeinen Verwalter, Jäger, Diener und Knechte aus gedachten Forwerge zu ſchmeiſſen, und alle meine fahrende Habe unter freiem Himmel heraus zu werffen, wobei mir vieles zu Trümmern gegangen, und wegen des anhaltenden Regen-Wetters zu nichte gekommen iſt; darauf er denn ſogar ſeinen alten Haus-*Præceptorem* ſelbſt in Beſitz des Forwerges geſetzet hat. Wie nun ſolches harte Verfahren gantz widerrechtlich, und, da mein Pacht-Contrakt noch nicht zu Ende gelauffen iſt, auf keine Weiſe zu verantworten ſtehet: ſo bitter *Implorant*, durch ein ſcharffes *Mandatum*, dem *Implorat* en anbefehlen zu laſſen, daß er die gewaltſamer Weiſe mir entriſſene *poſſeſs* des *quæſt.* Forwerges mir ſogleich wiederum einräumen, allen durch das widerrechtliche Verfahren verurſachten Schaden gut thun, und von den *fructibus perceptis* und *percipiendis* Rechnung abſtatten müſſe. Auf ſolche Weiſe nun iſt leicht abzunehmen, daß die interdicta in unſern Teutſchen Rechts-Gebrauch mit groſſen Nutzen vor die Hand genommen werden können. Die Pragmatici pflegen dieſelben poſſeſſoria zu nennen, um ſie von den petitoriis iudiciis zu unterſcheiden. Es iſt aber ein iedes poſſeſſorium nach ihrer Sprache entweder ſummarium oder ordinarium, und zwiſchen ſolchen ereignet ſich dieſer Unterſcheid: 1) daß bei dem ſummario nur auf den letztern Beſitz, wenn er auch gleich nur einen Augenblick

genblick gewähret hätte, bei dem ordinario aber auf den ältern Beſitz geſehen wird. 2) Bei dem ſummario fragt man nicht, ob jemand gewaltthätiger, heimlicher oder bittweiſe eine Sache inne habe; aber bei dem ordinario wird umſtändlich unterſuchet, ob ein Beſitz mit dergleichen Unrecht beladen ſey. 3) Bei jenem verfähret man ſummariſch, d. i. kurtz ohne weitläuffige Umſtände, und ohne die Gerichten mit vieler Mühwaltung zu beunruhigen; aber bei dieſem ziehet man auch die geringſte Kleinigkeiten in Erwegung. 4) Jenes findet keine Statt, wenn derjenige geſtorben iſt, welcher den Proceß im ordinario gewonnen hat: bei dieſem aber kan man noch das ordinarium ergreiffen, wenn auch gleich ein anderer in ſummario bereits ein gutes Urtheil davon getragen hätte. Endlich iſt es mit den interdictis jederzeit ſehr wohl gethan, und der Vortheil gantz unvergleichlich, welcher uns daraus zu ſtatten kommt, wenn wir wegen des Beſitzes beweglicher und unbeweglicher Güter den Richter imploriren müſſen. Die ausgebrachten Befehle, welche darauf zu erfolgen pflegen, heiſſen *Mandata*, welche zweierlei Gattung ſind, nemlich mandata *cum clauſula* und mandata *ſine clauſula*. Mandata cum clauſula werden genennet, wenn dem Imploraten darinnen erlaubt wird, dem mandato keine parition zu leiſten, woferne er erhebliche Einwendungen zu machen vor der Hand im Stande wäre. Auf ſolche Weiſe hat er noch Erlaubniß ſeine exceptiones in einer Verantwortungs-Schrifft einzubringen, wodurch er alles bevorſtehende Unheil bisweilen nach befundenen Umſtänden abwenden kan. Aber ſine clauſula ſind ſolche mandata, welchen er innerhalb der geſetzten Zeit, und auf die vorgeſchriebene Weiſe ohne alle Widerrede und Verantwortung Genüge und Gehorſam leiſten muß. In welchen Fällen ſolche zu ergehen pflegen, erwehnet die R. C. Ger. Ordn. P. II. *Tit.* 25. Sind nun aber die dazu gehörigen Redens-Arten in einem mandato bei Abfaſſung deſſelben vergeſſen worden, daß man nicht eigentlich ſehen kan, was für ein Mandatum an uns ergangen ſey: ſo macht man in den Rechten die Vermuthung, es ſey als ein mandatum cum clauſula anzuſehen, und dem Imploraten mithin erlaubt, in einem Gegen-Bericht die wahren Umſtände der Sachen, nebſt beigefügten exceptionibus, gebührend zu eröffnen. GAILIVS *lib.* I. *Obſ.* 4. 13. 19. de LVDOLPH *in iure Camerali.* LYNCKER *de Grauamine extraiud. p.* 852. *ſeqqu.*

Tit.

Tit. XVI.

De Pœna Temere Litigantium.

§. 1309.

Die zwei folgenden Titel gehören für die Gerichten; und zwar wird allhier von der pœna temere litigantium gehandelt; wobei man aber zu mercken hat, daß das Wort *pœna* nicht, wie sonst, ein malum passionis ist, quod ob malum actionis infligitur, sondern es wird dadurch allein modus coercendi verstanden. Dieses läßt sich unter andern daher beweisen, daß unter die pœnas temere litigantium der Eid mit gerechnet wird, vermittelst dessen Ablegung man dem Frevel auf das künftige Einhalt zu thun gedencket, und keinesweges eine bereits geschehene boßhaffte Anklage damit bestraffen kan. Solche pœnæ nun werden hier hauptsächlich nach ihren drei unterschiedenen Arten abgehandelt, welche sind, 1.) iusiurandum calumniæ. §. 1310-1313. 2) Pœna temere litigantium selbst §. 1314. und 3) Infamia. §. 1315.

§. 1310-1313. Die erste Art, frevelhafften Klägern Einhalt zu thun, ist demnach das *iuramentum calumniæ*, da die Parteien oder ihre Advocaten vor den Gerichten schwören, daß sie nichts vergeblicher und frevelhaffter Weise vornehmen wollen. Es ist aber solcher Eid vor Gefährde, wie wir ihn sonst zu nennen pflegen, von zweierlei Art, entweder generale oder speciale, welches letztere auch iuramentum malitiæ genennet wird. Das iuramentum calumniæ generale ist derjenige Eid, welcher bei allen Processen gleich anfangs sowol vom Kläger und Beklagten, als auch von den Advocaten abgeleget werden muß. Der Inhalt desselben ist unterschiedlich, jedennoch aber muß darinnen enthalten seyn, daß der Eides-Ableger zusaget und verspricht, er wolle nichts ohne hinlängliche Ursach, noch auch gefährlicher weise bei dem Proceß vornehmen, und nicht geschehen lassen, daß der Proceß unkräfftig werde. Iuramentum calumniæ speciale aber wird allemal abgelegt, so oft ein Verdacht wegen eines boßhafften Beginnens oder einer Gefährde währenden Proceß selbst zu entstehen scheinet, als welchem Uebel man auf solche Art vorzubauen gedencket: oder so oft von der Gegenpart ein solcher actus bewerckstelliget werden soll, dabei man Verdacht zu schöpffen hat, es werde ein actus vergeblich, und allein zu dem Ende erfordert, damit der Ausführer desselben nur einiger maassen gehudelt werde. Z. E. Wenn mir jemand den Eid aufleget, so ist er schuldig, vorhero erstlich den Eid vor Gefährde zu thun. Da aber der Eid vor Gefährde so viel zum Voraus setzet, daß man denjenigen, welcher ihn schwören soll, in

Verdacht hält, ob er nicht voller Schalckheit, und uns also gefährlicher Weise den Eid aufgeleget habe; so pfleget man diejenigen Personen des Eides vor Gefährde zu überheben, welchen wir Hochachtung und Ehrerbietigkeit zu erweisen schuldig sind, z. E. Eltern, Vorgesetzte, Patronen, Lehns-Herren, u. d. m. L. 16. D. *de iureiur.* L. 34. §. 4. *cod.* II. *Feud.* 37. §. 1. Endlich mercken wir noch, daß dieses Jurament in peinlichen Fällen nicht statt finde. Dann derjenige, welcher eine Leib- und Lebens-Straffe verwircket hat, würde sich nichts sonderliches daraus machen, diesen Eid abzulegen, da er doch wegen Begehung eines Meineides höchstverdächtig ist. Wer würde hiernächst auch glauben, daß ein Kerl, der des Schwerdes oder Stranges gewärtig seyn muß, nichts calumnioſe vornehmen oder begehen werde, um nur der fürchterlichen Straffe zu entgehen, ob er auch gleich den Eid vor Gefährde noch so heilig und noch so oft abgeleget hätte. Dergleichen Leute pflegen ja alle Mittel hervorzusuchen, und da sie solche vom Himmel nicht vermuthen können, so sind sie im Stande, wenn es möglich wäre, die Hölle selbst zu Rettung ihres Lebens rege zu machen. Flectere si nequeunt superos, Acheronta movebunt.

§. 1314. Die zweite Art, den boßhafften Kläger und Beklagten Zaum und Gebiß in den Mund zu legen, ist die Geld-Straffe. Denn 1) gab es unterschiedene Fälle bei den Römern, da es hieß, lis inficiando crescit, z. E. bei der Actione L. *Aquiliæ*, (§. 1093.) und bei uns ist deswegen das depositum miſerabile, wie auch das legatum ad pias cauſſas bekannt, da boßhaffte Beklagte wegen ihrer Abläugnung doppelt so viel erstatten müssen, als sie vorher schuldig waren, ehe sie läugneten. 2) Ist der Sachfällige schuldig, seiner Gegenpart die Gerichts-Kosten zu erlegen, wo er die Ursach nicht noch in etwas wahrscheinlich machen kan, weshalb er die Sache hat zur Klage kommen lassen, in welchem Fall das ius litigantium wenigstens sehr versteckt und zweiffelhafft seyn muß. §. 1. *Inſt. h. t.* L. 79. §. 2. D. L. 17. §. 6. *Cod. de iudiciis.* 3) Wurde in Rom derjenige von dem Prætore um 50. Goldgülden bestrafft, welcher ohne dessen gebetene Erlaubniß jemanden in ius vociret hatte, den er ordentlicher Weise mit solchen Complimenten verschonen mußte. L. 1. §. 2. D. *de in ius vocando.* Von diesen dreien Mitteln die Leute von widerrechtlichen Klagen abzuschrecken, ist in unserm Rechts-Gebrauch vornemlich das zweite bei allen Gerichten in Obachtung, und hat auch wenigstens an denjenigen Orten gute Wirckung, wo man Ursach hat, Zeit und Geld zurathe zu halten: Deswegen auch verständige Mittels-Personen zu Beilegung entstandener Mißhälligkeiten mit Vorschlagung der Güte das Beste zu thun pflegen. Denn wo ein gewissenloser Richter, und ein hungeriger Advocat einem Bedrängten zu Hülffe kommen

sollen,

ſollen, da iſt ein magerer Vergleich auch dem fetteſten Proceß vorzuziehen.

§. 1315. Die dritte Art, proceſſirende Parteien von boshafften Beginnen abzuhalten, iſt die infamia, dabei ſie nicht allein ihres guten Namens, ſondern auch ihrer Rechte verluſtig gehen. Sie gehen aber derſelben verluſtig, 1) wenn ſie bei der Anklage wegen eines delicti veri ein wohlverdientes Urtheil erhalten; 2) wenn ſie einen widrigen Beſcheid wegen der in den vier bekannten Contrakten (§. 785. II.) begangenen Gefährde und Schalckheit anhören müſſen. §. 1. 2. *Inſt. h. t.* L. 1. D. *de his, qui not. inf.*

Tit. XVII.
De Officio Iudicis.

§. 1316.

Bishero haben wir von der Schuldigkeit eines Klägers, eines procuratoris, und eines Beklagten gehandelt, und nunmehro erfordert die Ordnung, daß wir auch ſehen, was eines Richters Schuldigkeit mit ſich bringet. Zwar werden hauptſächlich zwei Punkte allhier abgehandelt, 1) was ſich für ein Unterſcheid zwiſchen obrigkeitlichen Perſonen und Richtern äuſſere. §. 1317 - 1329. 2) Was eines Richters Amt und Schuldigkeit ſey. §. 1330 - 1333. Bei dem erſtern Theile haben wir wiederum einen dreifachen Unterſcheid zu machen, a) wird gefragt, was magiſtratus und was iudex ſey. §. 1317. b) Was und wie vielerlei die Iurisdiction ſey. §. 1318-1326. c) Ob man bei uns Teutſchen das obrigkeitliche Amt von dem richterlichen zu unterſcheiden habe. §. 1327-1329.

§. 1317 - 1329. Es war bei den Römern zwiſchen einer obrigkeitlichen Perſon und einem Richter, oder eigentlich ſogenannten iudici ein gar gewaltiger Unterſcheid. Denn wer ein obrigkeitliches Amt führete, der ſtellte perſonam publicam vor, weil ihn das Volck durch eine einmüthige Wahl in ſein Amt geſetzet hatte; und ihm die Befugniß zuſtund nach den Maas des anvertraueten Amtes das Recht zuſprechen. Dagegen war ein iudex bei ihnen nur noch perſona privata, wie ein anderer Rechtsgelehrter, dem die öffentliche Obrigkeit befehlen und vorſchreiben konnte, wie er den Beſcheid einrichten müſſe. Magiſtratus pflegte das Recht zu ſprechen nach der ihm eigen zuſtehenden Befugniß, und krafft der ihm gebührenden Macht Gerichte zu halten: Der Richter hingegen ſtellete eine Unterſuchung

bei den rechtlichen Klagen dergestalt an, daß er endlich nach der von dem Prætore ertheilten Befugniß darinne erkennen und sprechen konnte. Ein jeder magistratus beobachtete was Rechtens war: aber der Richter beobachtete, mit was für Umständen ein rechtlicher Handel begleitet wurde. Jener sprach Urtheil und Recht auf seinem hohen Gerichts-Stuhl: dieser aber eröffnete seinen Bescheid in dem darunter befindlichen kleinen Gestühle, als von welchem er auch *Pedaneus* genennet wurde. Was man vor jenem handelte und bewerckstelligte, davon sagte man, es geschähe in iure: aber von diesem hieß es, es geschähe in iudicio, welches wir bereits oben (§. 1181.) einigermaassen erwehnet haben. Da solchemnach die Macht, Gerichte zu halten, den vornemsten Unterscheid zwischen einer obrigkeitlichen Person und einem Richter ausmachte: so fragt sichs, was wir durch die Macht Gerichte zu halten verstehen müssen, und wie mannigfaltig dieselbe anzusehen sey. CVIACIVS *in Paratil. ad Dig. Tit. de iurisdictione* erkläret dieselbe folgendergestalt: *Iurisdictio est notio iure magistratus competens.* Das Wort *Notio* bedeutet bei den Rechtsgelehrten soviel, als eine Erkänntniß nach den Rechten, oder eine gerichtliche Erkänntniß, welche man nach der Vorschrifft der Rechte, wie es der sich zugetragene Fall erheischet, einrichtet, soferne man darüber einen Rechts-Spruch, Bescheid oder Urtheil ertheilen will. Und weil zugleich gesaget wird, es habe eine obrigkeitliche Person solche Befugniß iure magistratus: so unterscheidet sich diese damit von der cognitione iudicis, welcher zwar bei den Römern auch notionem hatte, aber nicht iure magistratus, sondern iure a prætore in ipsum translato. Es unterscheidet sich hiernächst die sogenannte iurisdictio von dem imperio, als welches letztere eigentlich eine vis armata zu nennen ist. Wo sich demnach nicht allein eine blosse notio, sondern auch vis & coactio findet, da äussert sich ein *imperium*, und keinesweges eine blosse iurisdictio, z. E. wer in Rom die Macht hatte, die Bescheide oder rechtlichen Urtheile zu vollstrecken und auszuführen, die Verurtheilten in Verhafft zu nehmen, u. d. g. der hatte das imperium, und keinesweges iurisdictionem. Es ist aber dieses imperium entweder *merum*, oder *mixtum*. Von dem imperio mero kan man sich einigermaassen einen Begriff machen, wenn wir die Befugniß in Erwegung ziehen, welche bei uns Teutschen ein Peinlicher Richter ausüben kan, und die in dem iure gladii bestehet, MATTHAEVS *de iure gladii*, welches nichts anders ist, als die zustehende Macht und Gewalt, Uebelthäter und Verbrecher peinlich zu bestraffen, L. 3. D. *de iurisdictione*. Wir nennen dieses bei uns iurisdictionem criminalem, wie auch altam, die hohen Gerichte. Imperium mixtum aber heißt diejenige Macht und Gewalt, welche ein iudex civilis nach seiner hergebrachten Befugniß in Vollstreckung seiner eigenen Bescheide und Urtheile

Urtheile ausüben kan, z. E. er kan einen Schuldner anpfänden, den Verurtheilten eine Geld-Straffe auflegen, und eine Person in gefängliche Verhafft nehmen, oder in bürgerlichen Gehorsam führen, ja auch wohl jemanden den Besitz in eines andern Güter anweisen. Dergestalt äussert sich also zwischen der Jurisdiction und dem imperio ein ziemlicher Unterscheid, obgleich GERARDVS NOODT in libro *de iurisdictione lib. 1 cap. 4.* wie auch WESTENBERG *in Digest. Tit. de iurisdictione* gewiß dafür halten wollen, daß beide auf eins hinaus lieffen. Wer also die Jurisdiction hat, der hat auch ordentlicher Weise das mixtum imperium; weil jene mit diesem verknüpffet ist. Hergegen wer das imperium mixtum hat, dem gebühret nicht sogleich auch das imperium merum, L. 1. §. *ult.* D. *de offic. eius cui mand. iurisd.* Die obrigkeitlichen Personen in den Municipal-Städten sind es allein bei den Römern gewesen, welche zwar iurisdictionem, aber kein sonderliches imperium mixtum in Händen hatten, L. 4. D. *de iurisdictione.* L. 26. *princ. & §. 1.* D. *ad municipal.* Wir wenden uns wieder zu der Jurisdiction, und erwegen, wie mannigfaltig dieselbe sey: und da finden wir 1) *voluntariam* und *contentiosam.* Voluntariam nennet man diejenige, welche zwischen volentibus und consentientibus verrichtet wird, oder, noch deutlicher zu sagen; bei welcher sich der consensus partium sogleich findet, und da die andere Part nicht erst vorgeladen werden darf, weil beide nach vorher genommener Abrede mit einander erscheinen, und also gegenwärtig sind, um sich nicht mit einander zu hadern, sondern vor der Obrigkeit einen gewissen Rechts-Handel zu Stande zu bringen. Dahin gehöret adoptio, manumissio, emancipatio, und dergleichen. Iurisdictionem contentiosam hergegen nennet man, welche inter invitos cum caussæ cognitione zu verrichten ist, und weswegen der Gegentheil für den Gerichts-Platz oder Gerichts-Stube vorgeladen, und gehöret werden muß, z. E. es wird eine rechtliche Klage angestellet, weswegen der Gegentheil erstlich vorzuladen ist; man höret Zeugen ab; es folgt darauf ein rechtlicher Bescheid. Diese zwei Arten der Jurisdiction unterscheiden sich in vielen Stücken, hauptsächlich und vornemlich darinnen, a) daß ein actus iurisdictionis contentiosæ allemal denjenigen Richter erfordert, unter welchem die Gegenpart stehet: dahingegen ein actus voluntariæ iurisdictionis vor jeden Richter zu Stande gebracht werden kan. b) Jener mußte in Rom vor dem Tribunal auf öffentlichen Marckte vorgenommen werden: dieser aber konte auch vor dem Prætore auf der Strassen unterwegens, da er sich in das Bad begab, füglich geschehen, §. 2. *Inst. de libertinis.* c) Zu jenem mußte man den Gerichts-Tag erwählen, an welchem nemlich der Prætor das Recht zu sprechen pflegte: dieses hatte man bei den actibus voluntariæ iurisdictionis nicht nöthig, weil sie auch an einem die feriato vollzogen

werden mochten, L. 8. *Cod. de feriis*, L. 36. *princ.* D. *de adoptionibus.* 2) Ist iurisdictio entweder *ordinaria* oder *extraordinaria.* Jene stehet einer jeglichen Obrigkeit vi iurisdictionis zu: Diese aber war bei den Römern, welche jemanden ausserordentlich durch ein besonderes Gesätz verliehen ward. Wir wollen dieses mit einem Exempel erläutern: Es hat nemlich jemand die Jurisdiction überkommen, welche unmöglich gehandhabet werden kan, wenn man nicht zugleich alles dasjenige, was damit verbunden ist, vornehmen darf. Da aber jemand alles mit der Jurisdiction erlanget, was dazu erfordert wird: so hat er auch das ius citandi, testes audiendi, sententiam ferendi & exsequendi in seinen Händen. Denn solches sind Stücke iurisdictionis ordinariæ. Hergegen war die Befugniß, Vormünder zu bestellen oder zu setzen, bei den Römern iurisdictionis extraordinariæ: der Prætor konnte also damit nicht beheiliget werden, sondern es wurde zu Ertheilung solcher Befugniß ein eigenes Gesätz, Senatusconsultum, oder constitutio principis erfordert: und darum heißt es, es sey die Bestellung eines Vormundes ein actus iurisdictionis extraordinariæ. Der Wirckung nach zeiget sich zwischen beiden iurisdictionibus dieser Unterscheid, daß man zu Handhabung iurisdictionis ordinariæ einen andern an seine Stelle bevollmächtigen kan: welches aber bei iurisdictione extraordinaria nicht statt findet, L. 1. *princ.* D. *de offic. eius cui mand. iurisd.* 3) Ist iurisdictio entweder *propria*, oder *mandata*, oder auch *prorogata.* Die erste ist, welche jemanden vermöge seines obrigkeitlichen Amts zustehet. Die andere ist, welche eine obrigkeitliche Person einem andern aufträget, und ihn dazu bevollmächtiget, z. E. ein Edelmann, welcher entweder die Rechte nicht verstehet, oder auf seine Bequemlichkeit siehet, bestellt zu der ihm zukommenden Jurisdiction einen Gerichtshalter oder Iustitiarium. Dieser exerciret freilich nicht iurisdictionem propriam, sondern nur mandatam. Die dritte, nemlich iurisdictio prorogata, wird genennet, wenn sich jemand vor einem andern Richter, unter welchem er nicht stehet, belangen läßt; er mag sich dessen Jurisdiction entweder freiwillig, oder gezwungener Weise unterwerffen: welches letztere gewöhnlicher maassen allein in der Reconvention geschehen kan, da der Kläger vor eben demjenigen Richter stehen muß, vor welchem er seinen Widersacher verklaget hat. S. KEMMERICH dissert. *de iurisdictione prorogata.* Dieses sind die vornemsten besondern Arten von der Jurisdiction, welche sich in den Römischen Rechten finden. Uebrigens giebt es bei uns Teutschen von alten Zeiten her auch iurisdictionem *patrimonialem*, welche einem jeden Besitzer eines adelichen Gutes zustehet, und vermittelst welcher er alle die unter dem Gerichts-Sprengel stehende Bauern unter seinem Gehorsam zu halten befugt ist. Wer demnach eigenthümlicher Herr von den adelichen Gütern

Gütern ist, er sey Bürger oder Edelmann, einheimischer oder ausländischer Behausung, so gebühret ihm iurisdictio *patrimonialis*. Es hat dieselbe ihren Ursprung von uralten Zeiten her, und man wußte bei derselben keinen Unterscheid zwischen den sogenannten Hohen- und Niedern-Gerichten. Denn ein jedweder Einwohner Teutschlandes war vor Alters mit solchen Gütern angesessen, zu deren Abwartung und Verpflegung, als Feld- und Garten-Bau, er sein Gesinde, nemlich Knechte und Mägde gebrauchte, und über solche hatte er nach der ihm zustehenden herrschafftlichen Gewalt auch das Recht über Leben und Tod, welches TACITVS *de Mor. Germ. c.* 25. angemercket und in folgenden Worten aufgezeichnet hat: *Servis non in nostrum morem descriptis per familiam ministeriis utuntur. Suam quisque sedem, suos penates regit. Frumenti modum dominus aut pecoris, aut vestis, ut colono, iniungit; & servus hactenus paret. - - Verberare servum ac vinculis & opere coercere rarum. Occidere solent, non disciplina & severitate, sed impetu & ira, ut inimicum, nisi quod impune.* Hieraus sehen wir erstlich, daß die Teutschen ihre Knechte, nicht, wie die Römer, zur Wollust und Bequemlichkeit bei sich in ihrer eigenen Behausung gehalten haben. Hingegen daß ein jeder Knecht seine besondere Wohnung und Haushaltung, aber dennoch auf seines Herrn Grund und Boden gehabt habe. Zweitens, worin der Teutschen Herren Einkommen und Nutzen von den Knechten bestanden sey; und drittens, wie die Herren ihre Knechte unter ihren Gehorsam zu halten befugt gewesen sind: ob sich gleich solche Befugniß, da die Knechte ihre Schuldigkeit beobachteten, und mithin nichts straffbares begingen, gar selten äussern konnte. Wer wolte dannenhero Bedencken tragen, aus diesen Worten die iurisdictionem *patrimonialem* schon von den alten Zeiten her zu erweisen, und, daß sich dieselbe über der Knechte bewegliches und unbewegliches Vermögen erstrecket habe, zu behaupten? Die Einführung des Christenthums hat zwar nachhero viel Veränderung in Ansehung der Knechte und ihrer Habseligkeiten verursachet: aber die sint der Zeit entstandene Bauern sind dennoch mehrentheils und gemeiniglich unter der Gerichtbarkeit ihres Herrn, dessen Knechte sie gewesen sind, geblieben. Mit solcher herrschafftlichen Gerichtbarkeit scheinet die an einigen Orten übliche iurisdictio *fundalis* oder *fonceria*, *prædiaria*, *solaria* gar genau verwandt zu seyn. Denn der Bauer, welcher unter solcher Gerichtbarkeit stehet, hat sich vor den adelichen Gerichten allein in solchen Fällen einzufinden, wenn die Klag-Sache den Grund und Boden betrifft, welchen er zu handthieren und zu nutzen hat; und es findet sich dieses sonderlich in dem Hertzogthum Lothringen und den benachbarten Gräntzen an Franckreich: daher heißt sie auch in Frantzösischer Sprache *jurisdiction tres-fonciere, censuelle ou censiere, justice doma-*

domaniaire, wovon wir in unſern *Elementis iuris Germanici*, *Lib.* III. *Tit.* I. §. 64. 66. ſequ. noch unterſchiedenes mehr beigebracht haben. Es iſt hiernächſt kein Zweiffel, daß, nachdem das Lehn-Recht in Teutſchland überhand genommen hatte, der Edelmann inſonderheit mit dem zu Lehen übertragenen adelichen Gute auch die Gerichtbarkeit zugleich mit aufgetragen habe, damit er nebſt andern Stücken auch dieſen Theil ſeiner Herrſchafft von dem Lehens-Herrn wieder zurück erhalten konnte: und daher iſt es vermuthlich geſchehen, daß die ſogenannte iurisdictio patrimonialis, wo nicht bei allen, dennoch bei den mehreſten adelichen Höfen zu finden iſt. KRESSII diſſert. *de iurisdictione omnimoda in feudum conceſſa.* Allem Anſehen nach iſt dieſe Gerichtbarkeit ein auf Lehn-Gütern hafftendes Stück: weil ein jeglicher Beſitzer derſelben den Namen eines Erb und Gerichts-Herrn zu führen pflegt. Und da gedachter maaſſen derſelbe **mit den Gerichten** laut des Lehn-Brieffes belehnet wird, welches Wort deswegen allemal mit in den Lehn-Brieffe ſtehet, ſo könnte man aus der angeführten Stelle TACITI gar wohl die Vermuthung machen, es ſey nicht allein die ſogenannte iurisdictio *baſſa*, ſondern auch die iurisdictio *alta* dadurch zu verſtehen. Nichts deſtoweniger will man in praxi davon nichts wiſſen. Denn man hält dafür, daß nur die Niedern-Gerichte unter der Benennung **Gerichten** begriffen werden: mithin könne ſich kein Edelmann der hohen Gerichten anmaaſſen, wenn er nicht aus dem Lehn-Brieffe darzuthun im Stande iſt, daß er von dem Landes-Herrn entweder **mit allen und jeden Gerichten** oder **mit hohen und niedern Gerichten** belehnet worden ſey. Solches erweiſet STRYK *in Vſu Moderno Pandectarum Lib.* II. *Tit.* I. §. 13. wider CARPZOVIVM P. II. *Conſt.* 40. *def.* 6. Endlich werden unſere Zuhörer zum öfftern die Zaun-Gerichte erwehnet finden, welche Benennung nichts anders, als iurisdictionem patrimonialem anzudeuten ſcheinet: weil TACITVS zu ſeinen Zeiten ſchon wahrgenommen hat, daß die Teutſchen, indem ſie in keinen Städten wohneten, ihre Wohnungen einzelner weiſe an einem beliebigen Ort dergeſtalt aufgebauet, daß ein jeder ſein Haus mit einem Hof-Raum umgeben und abgeheget hat. Deſſen Worte hiervon ſind *de Mor. Germ. cap.* 16. folgende: *Nullas Germanorum populis urbes habitari, ſatis notum eſt, ne pati quidem inter ſe iunctas ſedes. Colunt diſcreti ac diverſi, ut fons, ut campus, ut nemus placuit. Vicos locant, non in noſtrum morem, connexis & cohærentibus ædificiis:* SVAM QVISQVE DOMVM SPATIO CIRCVMDAT, *ſive adverſus caſus ignis remedium, ſive inſcitia ædificandi.* Jedoch dieſe iurisdictio patrimonialis iſt doch nur eine Gattung von ſolchen Gerichten, deren es bei den Teutſchen noch weit mehrere giebet: mithin würden wir allzuviel zu thun haben, wenn wir uns bei allen Arten der unter uns gebräuchlichen Gerichten

Gerichten aufhalten wollten. Denn es ist fast kein grosses Gewerbe in Teutschland, daß nicht seine besondern Gerichte hätte. Z. E. Wir haben Handlungs-Gerichte, Bergwercks-Gerichte, Salz- und Thal-Gerichte, Forst-Gerichte, Schöppen-Stühle, u. d. m. der Landes- und Reichs-Gerichte nicht zu gedencken, als welche eigentlich nicht hierher, sondern in das ius publicum gehören. Wenn wir aber hiernächst auch diejenigen Personen, welche unter uns das Recht sprechen, und Gerichte halten, gegen die Römischen Prætores und iudices pedaneos stellen und betrachten: so werden wir an ihnen eine gantz andere Gestalt gewahr. Denn ob sie gleich nicht unter den Teutschen Landes-Regierungen ein so grosses Gepränge und Ansehen, wie bei den Römern, machen: so sind sie doch obrigkeitliche Personen und Richter zugleich. Denn ein jeder Landes-Herr bestellt die Obrigkeit in Städten und Aemtern, und durch dessen Bestallung werden sie sowol personæ publicæ, als die Römischen Prætores und andere magistratus durch die Bestallung des Volcks wurden. Eine jede Obrigkeit versiehet also bei uns das Amt eines Richters selbst in Person, ohne Zuziehung eines iudicis pedanei. Fallen Handlungen vor, wobei der Richter nicht selbst zugegen seyn kan: so ordnet er wenigstens einen von seinen Beisitzern ab, welcher des Richters Stelle vertreten muß. Man meine aber ja nicht, als ob sich dieses bei uns allein so verhalte: denn der Keiser *Iustinianus* sagt §. *ult. Inst. de interdictis* von seinen Zeiten ausdrücklich: quoties extra ordinem ius dicitur, *qualia hodie sunt omnia iudicia*, daß nemlich nach dem bekannten Begriff der iudiciorum extraordinariorum zu Rom, als in welchen der Prætor selbst und in Person, non adhibito iudice pedaneo, eine Klage-Sache zu untersuchen, und mit Ertheilung eines endlichen Urtheils abzuthun pflegte, schon unter seiner Regierung Recht und Gerechtigkeit in den damaligen Gerichten seiner Lande gehandhabet worden sey. Wir merken aber, daß von der unterschiedenen Gerichtbarkeit, welche nemlich ordinaria und extraordinaria genennet wird, eigentlich derjenige Unterscheid herrühret, welchen man gemeiniglich inter officium iudicis *nobile* und *mercenarium* zu machen pfleget. Das erstere soll sich in denjenigen Dingen äussern, welche ein Richter ohne vorhergegangene Ansuchung decretiren und setzen kan, z. E. die Proceß-Kosten kan er dem Widersacher nach befundenen Umständen zu vergüten auflegen, ohne daß ihn der Kläger darum ausdrücklich ersuchet hat. Unter dem andern officio iudicis aber verstehet man, da ein Richter etwas nicht unternehmen darf, warum man ihn nicht gebeten hat: z. E. der Richter darf den Widersacher nicht citiren lassen, bis der Kläger ihn deswegen ersuchet.

§. 1330 - 1333. Es folgt nun der zweite Theil dieses Tituls, da wir zu untersuchen haben, worinnen eigentlich das Amt eines Richters bestehe. Wir antworten hierauf ganz kurtz: ut recte iudicet secundum leges, constitutiones & mores, *princ. Inst. h. t.* Da es nun heißt, ein Richter solle nach den Gesätzen, Landes-Ordnungen und Gewohnheiten Gerichte halten, und Recht sprechen: so ist es bei uns in Ansehung der hier gesetzten Ordnung in den Gerichten gerade umgekehrt. Denn erstlich muß sich ein Richter alle Mühe geben, daß er a) nach eines jeden Ortes Gebrauch und Gewohnheiten Urtheil und Recht einrichte, weil die Gewohnheit und der besondere Gebrauch bei einem jeden Gerichte den Landes- und Reichs-Gesätzen vorgezogen werden müssen. (§. 72.) b) Fehlt es irgendwo an besonderer Gewohnheit: so muß sich ein Richter an die Statuta und Willkühre des Ortes halten, und nicht sogleich auf auswärtige Rechte verfallen, als welche man in Teutschland nur im Fall der Noth vor die Hand nimmt. (§. 17.) c) Endlich falls die Statuta bei der gegenwärtigen Rechts-Sache nichts bestimmen, so muß der Richter die allgemeine Landes-Ordnung, nachhero aber die Gesätze des Teutschen Reichs, und zuletzt die gemeinen Rechte, worunter man insgemein das ius canonicum und ius Romanum verstehen will, zu Rathe ziehen. Zweitens soll ein Richter dahin bedacht seyn, daß er nach Maaßgebung der hergebrachten Ordnung eines jeden Landes versahre und verfahren lasse: weil er sich widrigenfalls schändlich vergehen würde, wenn er z. E. auf des Klägers Anbringen sogleich den Bescheid ertheilte, ohne den Beklagten gehört zu haben. Drittens bringet eines Richters Amt und Schuldigkeit mit sich, daß er ein Rechtskräfftig gewordenes Urtheil vollstrecken lasse. Allein wo unsere Rechte, mit einem Verurtheilten säuberlich zu verfahren, anordnen, z. E. der Verurtheilte soll laut des Bescheides eine Summe Geldes abtragen, alsdenn muß auch der Richter das in den Rechten gegründete pusillum laxamenti dem Schuldner angedeihen lassen, damit ein solcher debitor Zeit habe, das abzutragende Geld herbei zu schaffen. Nichts destoweniger ist dennoch wegen der Zahlung Sicherheit zu stellen. §. 2. *Inst. h. t.* Es fehlet bisweilen dem Reichesten am baaren Gelde: daher pflegen die Pragmatici zu sagen: *nemo debet cum facco & pera in iudicium venire.* Hätte aber ein Schuldner laut des Bescheides, eine gewisse speciem auszuantworten, die er wircklich im Besitz hat: so muß er dazu bei Zeiten angehalten werden. Denn es ist solche Auslieferung nicht wider dessen Möglichkeit, und man hat es nicht nöthig, ihn damit zaudern zu lassen: zumal da dergleichen Saumseligkeit oft wider Vermuthen viel Beschwerde nach sich ziehet. L. 9. D. *de rei vindicatione.* Zuletzt ist noch eine Frage übrig, ob nemlich ein Richter denjenigen, welchem er in der

ertheilten

ertheilten Sentenz etwas zugesprochen hat, sogleich zum Herrn der zugesprochenen Sache machen könne, oder ob man nicht wenigstens, da das Urtheil rechtskräfftig worden ist, Eigenthums-Herr von der zuerkannten Sache werde? Antw. Hierzu sagen wir nein. Denn 1) giebt ein richterliches Urtheil niemanden ein Eigenthums-Recht, ob er gleich zum Eigenthums-Herrn dadurch declariret wird. L. 8. §. 4. D. *Si servitus vindicetur.* 2) Ertheilet die actio iudicati kein ius in rem, wohl aber in personam, mithin kan man auch per sententiam kein dominium erhalten haben. Dessen ungeachtet haben wir die drei iudicia divisoria, nemlich finium regundorum, communi dividundo, familiæ erciscundæ, bei welchen uns der Richter eine Sache dergestalt zuerkennet, daß man das Eigenthums-Recht sogleich nach ausgesprochener Sentenz überkommt, ehe es uns unser Widersacher abtritt und ausantwortet. (§. 339.**.) §. *ult. Inst. h. t.*

Tit. XVIII.

De Publicis Iudiciis.

§. 1334-1339.

Wir haben nunmehr den dritten Theil der *Institutionum* zu Ende gebracht: und dieser letzte Titul gehöret eigentlich nicht ad ius privatum, wovon wir bisher gehandelt haben, sondern ad ius publicum. Denn man handelt in demselben von den *iudiciis publicis* oder peinlichen Anklagen: mithin ist dieser Titul nicht anders, als ein Anhang der Institutionen anzusehen. Wir haben oben gedacht, daß die delicta entweder privata oder publica seynd. Jene waren solche Verbrechen, wodurch man Privat-Personen allein vervortheilet und in Schaden setzt: und dahero hatte man auch nur deswegen eine Privat-Klage anzustellen. Dagegen sind delicta publica solche Unthaten, wodurch Land und Leute in ihrer Ruhe und Sicherheit gestöret werden: mithin werden sie auch mit einer pœna publica angesehen. (§. 1035.) Hieraus erhellet klärlich, warum peinliche Anklagen, womit man den Missethätern auf den Hals gehet, iudicia publica heissen. Es sind aber dieselben von den Privat-Klagen dergestalt unterschieden: 1) Klaget ein Kläger wider einen Beklagten in privatis iudiciis: hergegen in publicis klaget ein Ankläger wider einen öffentlichen Landes-Verbrecher, oder nach Römischer Art zu reden: *accusator adversus accusatum.* 2) Bei jenen ist nur

derjenige der Kläger, den die Sache insonderheit angehet, es wäre denn eine actio popularis: ein peinlicher Ankläger aber kan ein jeder seyn, welcher dazu tüchtig ist, und folglich keine Frau, kein Kind, als welche dennoch bei dem Verbrechen der beleidigten Majestät gehöret werden. Es kan aber auch eine Republik selbst eine peinliche Anklage durch einen gerichtlichen Anwalt, oder sogenannten Landes-Fiscal anhängig machen. 3) Bei jenen muß der Kläger nur de impensis restituendis Caution stellen, im Fall nemlich der Beklagte den Proceß gewinnen würde, und man befände, daß der Kläger den Proceß von Zaune gebrochen habe: (§. 1214.) allein bei diesen muß die inscriptio in crimen vorgehen, wodurch sich nemlich der Ankläger, falls er nicht darthun kan, weswegen er seinen Gegner peinlich angeklaget hat, ad pœnam talionis verbindet, L. 7. *princ.* L. *ult. Cod. de accuſ. & inſcript.* L. *ult. Cod. de calumn.* 4) Bei jenen klaget man nur ad satisfactionem privatam: bei diesen aber dringet der Ankläger auf vindictam publicam, sie bestehe nun in einer pœna capitali vel non capitali. Hierbei mercken wir, daß diejenigen Straffen pœnæ capitales genennet werden, welche entweder vitam civilem, weil sowol ſtatus libertatis, als civitatis in dem Römischen Recht *caput* heißt, (§. 223.) oder vitam naturalem rauben, da z. E. die Verurtheilung zum Schwerd oder zum Galgen den Verlust des natürlichen Lebens nach sich ziehet, L. 28. *princ.* §. 11. L. 8. §. 1. *ſeqq.* D. *de Pœnis.* Pœnas non capitales nennen wir diejenigen Straffen, wodurch ein peinlich belangeter Uebelthäter weder das natürliche Leben, noch das Recht der Freiheit, noch die bürgerlichen Gerechtsame verlieret: und dahin gehörten bei den Römern fuſtigatio, flagellatio, damnatio ad operas publicas, relegatio, infamia, und die Beraubung der öffentlichen Amts-Würde. L. 6. §. *ult.* L. 7. L. 8. *princ.* L. 28. D. *de Pœnis.* Wer also mit einer pœna non capitali beleget wurde, der behielt sein Leben, seine Freiheit, und sein Bürgerrecht. So viel haben wir von dem Unterscheid der iudiciorum publicorum und privatorum zu merken. Nunmehro haben wir auch weiter zu beobachten, daß die crimina publica wiederum zweierlei sind, entweder κατ' ἐξοχὴν publica, oder extraordinaria. Jene nennet man, wovon wir besondere Gesätze finden, worinnen eine gewisse und ordentliche Straffe darauf gesetzet ist: diese aber sind solche Unthaten, welche zwar peſſimi exempli, und daher straffenswerth sind, davon aber keine besondern Gesätze gefunden werden, welche sie mit einer ordentlichen Straffe belegen. Dieses ist daher die Ursach, warum man dergleichen Verbrechen nur ausserordentlich nach Maaßgebung der befundenen Umstände bestraffet. Von solchen criminibus extraordinariis wird in *Digeſtorum Parte poſteriori Libro* XLVII. gehandelt. Wir haben demnach allhier von den iudiciis publicis proprie ſic dictis zu reden, deren eigentlich zwölffe,

zwölffe, und wovon auch eben so viel Gesätze vorhanden sind, nemlich a) Lex Iulia *maiestatis*. §. 1340-1345. b) Lex Iulia *de adulteriis*. §. 1346-1355. c) Lex Cornelia *de Sicariis & veneficis*. §. 1356-1358. d) Lex Pompeia *de parricidiis*. §. 1359-1361. e) Lex Cornelia *de falsis*. §. 1362. f) Lex Iulia *de vi publica & privata*. §. 1363. sequ. g) Lex Iulia *peculatus*. §. 1365. sequ. h) Lex Fabia *de plagiariis*. §. 1367. sequ. i) Lex Iulia *repetundarum*. §. 1369. k) Lex Iulia *de ambitu*. §. eod. l) Lex Iulia *de annona*. §. eod. m) Lex Iulia *de residuis*. §. eod.

§. 1340. 1345. Das an sich sehr strenge Lex Iulia *maiestatis* ist von den Keisern *Arcadio* und *Honorio*, in L. *Quisquis Cod. ad* L. *Iuliam maiestatis*, dergestalt geschärffet worden, daß es nunmehro überaus grausam, und mehr mit Blut, als mit Dinte geschrieben zu seyn scheinet. Es hat gedachtes Gesätz seinen Ursprung von *Iulio Cesare*, und bestraffet eine jegliche Unthat, welche schnur gerade wider die allgemeine Ruhe und Sicherheit eines Landes, und wider die Majestät eines Landes-Herrn begangen wird. L. 1. §. 1. D. *ad* L. *Iul. Maiest.* Dieses Verbrechen hat also einen doppelten Unterscheid. Denn es wird darunter nicht nur die Schändung und Beleidigung der Majestät insonderheit, sondern auch die Landes-Verrätherei begriffen. Ein Landes-Verräther aber heisset derjenige, welcher feindliche Unternehmungen wider ein Land, wider den Landes-Herrn und desselben vornemste Staats-Räthe beginnet, und zu bewerckstelligen suchet, L. 1. L. 2. L. *ult.* D. *ad* L. *Iul. maiest.* §. 3. *Inst. h. t.* Daher werden des *criminis perduellionis* alle diejenigen für schuldig erkannt, welche sich wider ihre Republik verschwören, oder den Landes-Herrn umbringen, nach dessen Leben und Würde stehen, wie auch sich die iura maiestatis anmaassen: von welchen Verbrechen wir ein langes Verzeichnis in L. 1. D. *eod.* antreffen. Hiernächst werden diejenigen *rei maiestatis* genannt, welche zwar keine feindliche Unternehmungen wider die Republik beginnen, aber dennoch etwas mit Redens-Arten oder ungebührlichen Unternehmungen zur Schmach und zum Tort eines Landes-Herrn begangen haben, z. E. wenn jemand den Landes-Herrn mit Schimpf-Worten lästert, u. d. g. Das erstere Verbrechen ist gantz abscheulich, und wird unter allen am schärffsten bestraffet. Denn a) wird der Landes-Verräther durch des Scharffrichters Hand seines Lebens beraubet, und bei uns in Teutschland in vier Stück zertheilet. In England wird ein solcher Verbrecher an den Galgen gehänget, und bevor er daran stirbet, wiederum herunter gerissen. Nachdem man ihm nun den Vorder-Leib geöffnet, und das Hertz, samt den Eingeweide heraus gerissen hat: so wird er geviertheilet. In Franckreich aber wird er mit vier Pferden zerrissen. b) Das Gedächtniß des exsequirten Uebelthäters wird

nach seinem Tode ausgetilget, §. 3. *Inst. h. t.* und man hat daher an vielen Orten die Gewohnheit, daß man so gar desselben Haus niederreisset, und auf dessen Stäte eine Säule aufrichtet, worauf die von dem ehemaligen Besitzer des Hauses begangene Unthat zu desselben immerwähren Schande und Schmach zu lesen ist. c) Die Güter eines solchen Verbrechers werden eingezogen, L. *ult.* D. L. 5. *Cod. eod.* da doch sonsten, weil Iustinianus die seruitutem pœnæ aufgehoben hat, dergleichen Confiscation bei andern Verbrechen nicht statt findet. (§. 83. *) So sind auch des Verbrechers hinterlassene Kinder infam, und zwar werden desselben Söhne, weil man sie in den Verdacht hält, daß sie sich wegen der an ihrem Vater vollstreckten Straffe rächen dürfften, sowol von aller väterlichen und Groß-väterlichen Erbschafft, als auch ab hereditate exterorum immerwährend ausgeschlossen; wie sie sich denn hiernächst nicht die geringste Hoffnung jemals, zu einiger Ehre und Würde zu gelangen, machen können. Was aber die Töchter anlanget, so erhalten sie dennoch von der mütterlichen und Groß-väterlichen Erbschafft das Pflicht-Theil: weil man nicht Ursach hat, sich etwas von denselben zu befürchten. L. 5. *Cod. eod.* Nächstdem beobachtet man in dem modo procedendi wider die Landes-Verräther viel besonderes. Denn α) kan hier das Verbrechen ein jedweder, auch so gar, welcher sonst untüchtig ist, anhängig machen, L. 7. *princ.* §. 2. L. 8. D. *eod.* β) Ist es den Angeklagten nicht erlaubt, sich der Advocaten zu bedienen. γ) Er darf nicht appelliren, da doch die Sache auf Blut angesehen ist, und wobei sich ein irreparabile præiudicium findet, L. 5. §. 2. D. *eod.* L. 6. §. 9. D. *de iniust. rupt. irr. testam.* δ) Man kan auch sogar untüchtige Zeugen wider ihn aufführen, L. 7. §. 1. *Cod. ad* L. *Iul. Majestatis*, und man hatte bei den Römern die Gewohnheit, daß in diesem Fall auch die Knechte in caput domini torquiret werden konnten, welches doch sonsten bei keinem Verbrechen zu geschehen pflegte. ε) Es wird allhier auch nur ein blosser Rath und die Verschweigung bestraffet, soferne nemlich jemand von der Zusammenverschwörung Wissenschafft gehabt, und solches nicht der Obrigkeit gemeldet hat. L. 5. *princ.* §. 6. 7. *Cod. eod.* Und dieses ist kein so ungerechtes Verfahren, wie BALDVS *lib.* I. *Consil. cap.* 34. dafür gehalten hat, als welcher ungescheuet vorgiebt, daß BARTOLVS wegen dieser Meinung bei den Teufeln in der Hölle gemartert würde. Denn wer zweifelt daran, daß derjenige, welcher zu Zeiten des Königs in England *Iacobi* I. wußte, daß die Päbstler das Parlaments-Haus, nebst dem Könige und allen Parlaments-Gliedern in die Lufft sprengen wollten, durch sein Stillschweigen der Republik eben so schädlich gewesen seyn würde, als derjenige, welcher zu dem Hauffen der Verschwornen selbst gehörete? Nächstdem streitet die Verschweigung einer solchen bevorstehenden

ſtehenden Unthat mit dem Huldigungs-und Lehns-Eid, in welchem man ſich, den Fürſten vor allen Schaden zu warnen, verbunden hat. Findet ſich nun zwar dabei gar vieles, welches wider die Billigkeit zu lauffen ſcheinet: ſo hat man hierbei an die Worte TACITI zu dencken, welcher ſich *Annal. lib.* XIV. *cap.* 44. alſo verlauten läßt: *Omne exemplum magnum habet aliquid ex iniquo, quod contra ſingulos utilitate publica rependitur.* Das eigentlich ſo genannte Verbrechen der beleidigten Majeſtät wird etwas gelinder, nemlich mit dem Schwerd oder Staupen-Schlägen beſtraffet, nachdem es die Umſtände deſſelben erfordern. §. 3. *Inſt. h. t.* Sehr merckwürdig und einem groſſen Fürſten höchſtanſtändig iſt derjenige Ausſpruch, welcher ſich in L. *un.* D. *Si quis imperatori maledixit* folgendes Inhalts befindet: *Si maledictum erga principem ex leuitate proceſſerit, contemnendum eſt, ſi ex inſania, miſeratione digniſſimum, ſi ab iniuria, remittendum.*

§. 1346. 1355. Auf das zweite Verbrechen, nemlich *adulterium* hat man vornemlich Legem Iuliam *de adulteriis* gerichtet: welches Geſätz aber nichts deſtoweniger auch auf andere delicta carnis gewiſſe Straffen ſetzet, z. E. Sodomiterei, Blutſchande, Schändung erbarer Perſonen und Huren-Wirthſchafft. Der Ehebruch iſt bei uns nichts anders, als eine Verletzung der ehelichen Treue: Bei den Römern aber machte man ſich von dieſem Verbrechen einen gantz andern Begriff. Denn es war der Ehebruch bei ihnen die Schändung einer ſolchen Weibes-Perſon, welche entweder bereits mit einem andern verheurathet oder verlobet war. Die Ehebrecherin war daher eine Ehefrau, ſie mochte nun den Ehebruch entweder mit einer bereits verheuratheten oder unverheuratheten Manns-Perſon getrieben haben, und es hieſſen alle diejenigen adulteri, welche eine ſolche Frau zugleich geſchändet hatten, ſie mochten in der Ehe oder auſſer der Ehe leben. Allein wenn ein Ehemann eine unverheurathete Perſon zur Beiſchläfferin gebrauchte, ſo wurde weder er ein Ehebrecher, noch auch ſie eine Ehebrecherin genannt: weil ſie auf ſolche Weiſe weder eine verheurathete, noch eine verlobte Perſon geſchändet wurde, L. 6. §. 1. D. *ad* L. *Iul. de adulteriis.* Was nun die Straffe anbetrifft, womit Lex Iulia den Ehebruch beleget haben ſoll, ſo ſagt Iuſtinianus §. 4. *Inſt. h. t.* es ſey ſolches Verbrechen mit dem Schwerd zu beſtraffen. Und ſolches haben die Alten mit allen Kräfften zu behaupten geſuchet. Nichts deſtoweniger iſt die Sache an ſich falſch. Denn ex PAVLLI *Recept. Sentent. lib.* II. *Tit.* XXVII. §. 14. erhellet gantz deutlich, daß der Keiſer *Auguſtus*, als der Verfaſſer dieſes Geſätzes, die Ehebrecher allein mit Landes-Verweiſung und mit Confiſcation der Helffte ihrer Güter auf beiden Seiten der Ehebrecher, wie auch mit dem Verluſt der halben Mitgifft der Ehebrecherin habe beſtraffen wollen.

Demnach

Demnach ist *Constantinus* M. der erste gewesen, welcher auf den Ehebruch das Schwerd gesetzet hat, L. 30. §. 1. *Cod. ad* L. *Iul. de adulteriis.* Diese Todes-Straffe ist noch an unterschiedenen Orten in Teutschland gebräuchlich, wie wir §. 1350. deutlich dargethan haben. Jedoch an andern Orten kan man dieses Verbrechen mit einer Geld-Straffe verbüssen, und zwar beläufft sich dieselbe z. E. in Frießland etwas hoch, und wer solche nicht zu erlegen im Stande ist, der bekommt den Staup-Besen: oder sie macht etwas weniges aus, als wie von Lübeck, Hamburg und von andern Orten bekannt ist, allwo ein Ehebrecher mit Auszahlung der zwölff Marck davon kommen kan. Wir haben aber von dem Lege *Iulia* so viel zu mercken, daß dasselbe der Eifersucht und eigenmächtigen Rachbegierde einigermaassen durch die Finger siehet, aber auch nur in Ansehung des Vaters und des Mannes der Ehebrecherin. Und unter diesen Personen findet sich hierin folgender Unterscheid: 1) der Vater hat die Befugniß nicht allein den Ehebrecher, sondern auch seine ehebrecherische Tochter, wenn er dieselbe in Ehebruch ergreifft, umzubringen: dagegen hat der Ehemann nur das Recht, den Ehebrecher, keinesweges aber die Ehebrecherin, zu ermorden. 2) Kan der Vater der Ehebrecherin solche Entleibung nicht allein in seinem eigenen, sondern auch in seines Eidams Hause an beiden vornehmen: bei dem Ehemann aber wird ausdrücklich erfordert, daß er den Ehebrecher bei Begehung dieser Unthat in seinem Hause betreffe und entleibe. Allein wenn er den Ehebrecher an andern Orten betrifft und umbringen will, so muß er denselben vorher zu drei unterschiedenen malen davor gewarnet haben. L. 20. *sequ.* D. *ad* L. *Iul. de adulteriis. Nov.* CXVII. *cap.* 15. 3) Kan der Ehemann nur einen Ehebrecher vom geringen Stande umbringen: hergegen der Vater einen jeden, er sey eines Standes, wessen er wolle, L. 24. *princ.* D. *eod.* Von der Sodomiterei erlaubt uns die Schamhafftigkeit nicht umständlich zu handeln: aber so viel mögen wir von derselben Bestraffung melden, daß an den Verbrechern zuweilen die Feuer-Straffe, zuweilen aber auch nur die Todes-Straffe mit dem Schwerd an denselben vollzogen wird. Eigentliche Umstände hiervon finden sich bei den sogenannten Criminalisten. Die peinliche Hals-Gerichts-Ordnung, läßt sich deshalben *art.* 116. dergestalt heraus: **So ein Mensch mit einem Vieh, Mann mit Mann, Weib mit Weib Unkeuschheit treiben, die haben auch das Leben verwirckt, und man soll sie der gemeinen Gewohnheit nach mit dem Feuer vom Leben zum Tode richten.** Das Verbrechen der Blutschande ist eine Vermischung solcher Personen, welche wegen der nahen Anverwandschafft oder Schwägerschafft einander nicht heurathen können. (§. 158. sequ.) Wenn demnach Blutschande zwischen Personen der aufsteigenden und abstei-

abſteigenden Linie vorgegangen iſt; ſo heißt es ein *inceſtus iuris gentium*: aber in Anſehung anderer Verwandten und Verſchwägerten iſt der *inceſtus iuris civilis*. Das Römiſche Recht hat den inceſtum iuris gentium mit der Deportation, hergegen den inceſtum iuris civilis nach befundenen Umſtänden beſtrafft, L. 5. D. *de quæſtionibus*. *Nov.* XII. *cap.* 1. Jedoch bei uns wird die Blut-Schande erſtern falls zum öfftern mit dem Schwerd beſtrafft. CARPZOV *Proc. Crim.* P. I. *quæſt.* 74. Nach Chur-Pfälziſchen Recht ſtehet das Feuer darauf: andern Falls aber, z. E. wenn ein Mann mit ſeiner Stief-Mutter, ſeines Sohns Frau, Stief-Tochter oder ſonſt beides mit Mutter und Tochter, desgleichen im Gegenfall ein Weib mit ihrem Stief-Vater, Eidam oder Tochter-Mann, Stief-Sohn, oder ſonſt beides mit Vater und Sohn ſich vorſetzlicher Weiſe fleiſchlich vermiſchet, ſoll die Straffe mit dem Schwerd oder Waſſer, nach Gelegenheit der Sachen, Statt finden, als welche Verordnung auch alsdenn beobachtet wird, wenn einer mit ſeiner eigenen Schweſter, oder eine Weibes-Perſon mit ihrem Selbſt-Bruder Blut-Schande triebe. Wo aber jemand vorſetzlicher Weiſe bei ſeines Vaters- oder Mutter-Schweſter oder auch ſeines Bruders- oder Schweſter-Tochter, hergegen eine Weibes-Perſon bei ihres leiblichen Vaters- oder Mutter-Bruder, oder ihres Schweſters oder Bruders-Sohn, ſchlaffen würde, ſollen beide am Pranger geſtellet, mit Ruthen ausgeſtrichen, und des Landes ewig verwieſen werden. Gleiche Straffe hat ſich derjenige zu verſehen, welcher ſich zu ſeines Weibes Schweſter oder zu ſeines Bruders Wittwe fleiſchlich geſellet, wie nicht weniger eine Frau, welche die Blut-Schande mit ihres Mannes-Bruder, oder ihrem Schweſter-Manne begehet. Wenn endlich einer mit ſeines Weibes Bruders- oder Schweſter-Tochter, und eine Weibes-Perſon mit ihres geweſenen Mannes Bruders- oder Schweſter-Sohn Schande triebe, ſo ſollen beide Mann und Weib des Landes auf ewig verwieſen werden. So lautet das Pfälziſche Recht. Das *Ius Saxonicum* anbelangend, ſo wird der inceſtus iuris gentium an Mann- und Weibes-Perſonen mit dem Schwerd beſtraffet, oder wenigſtens, wo die Umſtände eine Linderung erfordern, mit Staupen-Schlägen und Landes-Verweiſung angeſehen, welche letztere Straffe auch bei dem inceſtu iuris civilis an den unzüchtigen Schwägern vollzogen wird. BRVNNEMANNI *Proc. Inquiſit. cap.* 9 *n.* 6. *Corpus Iuris Saxonici Part.* IV. *art.* 22. p. m. 194. Das *ſtuprum* wird genennet, wenn man eine Jungfrau oder Wittwe erbaren Standes ohne Gewaltthätigkeit ſchändet, L. 6. §. 1. L. 34. *princ.* D. *ad* L. *Iul. de adulteriis*. Daher wird mit Lohn-Huren kein ſtuprum, ſondern *fornicatio* begangen. Die Straffe des ſtupri war bei den Römern der Verluſt an den Gütern zur Helffte, falls die Perſonen einigermaaſſen vom Stande waren. Denn

Personen geringern Herkommens wurden nach vorhergegangenen Staupen-Schlage des Landes verwiesen. §. 4. *Inst. h. t.* Bei uns wird dieses Verbrechen mit Gelde verbüsset, welches sich an einigen Orten nur auf etwas weniges beläufft. Die stuprirte Person aber hat überdem die Befugniß auf die Bestimmung des Unterhalts ihres Kindes, und auf ihre dotationem zu klagen. Hat aber jemand die Person sub spe matrimonii zum stupro verleitet: so hat man arg. *Deut.* XXII, 29. die Regel angenommen, daß er die Geschwächte entweder heurathe, oder dieselbe ausstatte. Die Huren-Wirthschafft ist ein solches Verbrechen, welches diejenigen begehen, die aus Gewinnsucht Lohn-Huren hausen und halten, L. 29. *princ.* D. *ad* L. *Iul. de adulteriis.* Verkoppelt aber jemand seine Tochter oder sein eigenes Eheweib, so wird derselbe am Leib und Leben gestrafft. Wegen Verkoppelung anderer Weibes-Personen aber hat ein Richter die Straffe nach befundenen Umständen einzurichten, *Nov.* XIV. Vermöge der Pfältzischen Malefitz-Ordnung *Tit.* XLI. werden die Eltern und andere, welche die Kinder unter ihrer Gewalt haben, und sie um Geld verkuppeln, am Leben, oder sonst hart und mit allem Ernst am Leibe gestrafft. Geschiehet aber die Verkoppelung nicht um Geldes willen; so strafft man die Kuppler mit Staupen-Schlägen und Landes-Verweisung, und die Verkoppelten werden eine Zeitlang in den Thurm gesetzt, und nachhero des Landes verwiesen.

§. 1356 - 1358. Es folget hierauf Lex Cornelia *de Sicariis et veneficis*, welches von L. *Cornelio Sulla* seinen Ursprung hat. *Sicarii* werden hier alle Mörder genennt: daher aber ist der Menschen-Mord dreierlei, entweder *dolosum*, oder *culposum*, oder *casuale*. Dolosum homicidium nennet man, wenn man einen Menschen vorsetzlicher Weise um das Leben bringet und ermordet; culposum, wenn man durch seine Fahrlässigkeit oder Verwahrlosung einen Menschen ertödtet: casuale aber, wenn sich die Ertödtung eines Menschen von ohngefehr zuträgt, und dahin pflegt man auch das moderamen inculpatæ tutelæ zu ziehen. (§. 1082.) Das homicidium dolosum erfordert laut *Genes.* IX, 5. 6. daß, wer Menschen-Blut vergeußt, dessen Blut auch wieder vergossen werde. Wie aber, wenn ein Delinquent vorgiebt, es sey seine Absicht keinesweges gewesen, den Ermordeten umzubringen? Antwort. Solchenfalls hat man das Gewehr oder Werckzeug, welches er bei dem Mord gebrauchet hat, in Betrachtung zu nehmen, L. 1. §. 13. D. *ad* L. *Corn. de Sicariis.* Denn man wird in Wahrheit demjenigen keinen Glauben beimessen, welcher einen andern mit einer Pistole oder Flinte wissentlich erschossen hat, wenn er auch gleich vorgäbe, er habe nicht animo occidendi nach dem erschossenen Menschen gezielet. Bei dem homicidio culposo siehet man auf die Umstände, und beleget einen solchen Mörder nach Maaßgebung

derselben

derſelben entweder mit dem Staup-Beſen, Landes Verweiſung oder Geld-Straffe. Das homicidium caſuale wird mit gar keiner Straffe angeſehen: weil niemand einen Zufall gut zu thun hat, und keinesweges für denſelben zu ſtehen ſchuldig iſt. Obgleich CARPZOV. *Iurisprud. Crim.* P. I. *quæſt.* 27. n. 54. & 57. den Thäter von Erlegung des Wehrgeldes nicht frei ſprechen will. Sonſten aber heißt es in der Peinl. Hals-Gerichts-Ordnung *art.* 145. 146. daß ein ſolcher von aller peinlichen Straffe entſchuldiget ſey. Beiläuffig haben wir hierbei zu mercken, daß derjenige *aſſaſſinator* genennet werde, welcher zu einem Mord einen andern erkauffet: *aſſaſſinus* aber wird derjenige genennet, welcher ſich zu einem Mord erkauffen läßt: jener wird mit dem Schwerde, dieſer aber mit dem Rade gerichtet. Veneficium oder Giffmiſcherei wird in zweierlei Verſtande genommen: und heißt erſtlich das Verbrechen derer, welche, um einen Menſchen zu ermorden, das Gifft ſelber vermiſchen, verkauffen oder beibringen, L. 1. §. 2. L. 3. *princ.* §. 1. 2. D. *eod.* Zweitens nennt man auch dasjenige ein Veneficium, wenn man durch Zauberei einen Menſchen um das Leben bringet. §. 5. *Inſt. h. t.* Auf beide Fälle iſt die Todes Straffe geſetzet. §. *eod.* Allein nach unſern Rechten werden die Gifftmiſcher männlichen Geſchlechts gerädert, aber die Weibes-Perſonen geſäcket, für welche Straffe aber an unterſchiedenen Orten das Schwerdt eingeführet worden iſt. Da man vor dieſem noch mit den bekannten Hexen-Proceſſen zu thun hatte: ſo wurden die angegebenen Hexen, Hexenmeiſter und Bundesgenoſſen des Teufels lebendig verbrannt: und wer einen Menſchen durch Zauberei ermordet hatte, der wurde mit dem Schwerdt vom Leben zum Tode gebracht. Allein man iſt heutiges Tages klüger worden, und unſere Richter gehen weit behutſamer, als daß ſie ſich durch altes Weiber-Geſchwätz in Beſtraffung erbarmungswürdiger Perſonen vergehen ſolten. THOMASII *diſſert. de crimine magiæ.*

§. 1359 - 1361. Hiernächſt kommen wir auf Legem Pompeiam *de Parricidiis.* Ob man nun gleich das parricidium gemeiniglich für ein patricidium ausgeben will: ſo wird dennoch dieſe Benennung von einem ſolchen Mord genommen, welcher unter Anverwandten, als Blutfreunden und Schwägern vorgehet, welche in L. 1. *princ.* D. *de Lege Pomp.* erzehlet werden. Und zwar 1) unter den Anverwandten aufſteigender Linie, als Vater, Mutter, Groß-Vater, Groß-Mutter, u. ſ. w. 2) Unter den ſeitwärts Verwandten, als Bruder, Schweſter, Vater-Bruder, Mutter-Bruder. 3) Unter den Schwägern, als der Schwieger-Sohn, der Schwieger-Vater, der Stief-Sohn, die Stief-Tochter, der Stief-Vater. 4) Werden hierher auch die Ehegatten gerechnet, und 5) ein Patron und Patronin. Die Kinder aber werden hierher nicht mitgerechnet, weil zu der Zeit, da dieſes

Gesätz gegeben wurde, die Väter annoch das Recht über Leben und Tod ihrer Kinder zu haben pflegten. (§. 181.) Wenn wir endlich die Straffe eines Parricidii erwegen, welche in diesem Gesätz enthalten, und zum Theil noch heutiges Tages üblich ist, so ist dieselbe sehr hart, und bestehet darinnen: 1) daß ein Vater- oder Bruder-Mörder, welcher des Gebrauchs der vier Elemente gleichsam für unwürdig angesehen wird, in einen ledernen ausgepichten Sack eingenehet werden soll, und, damit er in solchem traurigen und engen Behältniß weder Lufft, noch Feuer, weder Wasser, noch Erde geniessen könne, in das Meer, oder auch in einen Strom zu werffen ist; 2) wird derselbe vor Vollziehung dieser Todes-Straffe mit Ruthen bis auf das Blut gestrichen, welches aber heutiges Tages nicht mehr gestattet wird. 3) Soll zugleich in den Sack ein Hund, ein Hühner-Hahn, eine Natter und ein Affe, weil diese Thiere der gemeinen Rede nach parricidia zu begehen pflegen, mit eingenehet werden. Wofern man aber auf der Nachbarschafft kein Meer, noch auch einen Fluß haben kan, alsdenn pflegt man den verurtheilten Uebelthäter lebendig zu verbrennen, oder auch den wilden Thieren vorzuwerffen, L. 9. *princ.* D. *cod.* Bei uns aber hat man an statt der Säckung das Schwerdt eingeführet, und wenn ein parricidium zum öftern geschehen ist, so wird die Straffe mit Zuziehung der glüenden Zangen in Teutschland geschärffet. **Peinl. Hals-Gerichts-Ordnung**, *art.* 131. & *ibid.* KRESSIVS.

§. 1362. 1363. Das Cornelianische Gesätz *de falsis* bestraffet unterschiedene crimina, welche insgesamt dahinaus lauffen, daß man boßhaffter Weise etwas für wahr ausgiebet, oder auch die Wahrheit unterdrücket. Solche Verbrechen finden sich a) bei dem Verfasser eines falschen Testaments, b) bei demjenigen, welcher eine falsche Urkunde geschrieben hat, c) bei einem falschen Müntzer, und bei demjenigen, welcher eine Müntze entweder durch Beschneiden oder durch Beitzen verringert, wie auch dieselbe ausgiebet, d) bei einem falschen Zeugniß, e) bei Unterschiebung eines falschen Kindes, f) bei falschem Maaß, Oel und Gewichte, g) bei Annehmung eines falschen Namens, um andere damit hinter das Licht zu führen: und kurtz bei einer jeglichen Verstellung der Wahrheit. Hatte nun ein Knecht dergleichen crimen falsi begangen, so wurde er am Leben bestraffet: aber war der falsarius ein freier Mensch, so wurde er deportiret, und dessen Vermögen eingezogen. L. 1. §. *ult.* L. 27. *in fine* L. 32. D. *ad* L. *Corn. de falsis.* Bei uns siehet man gemeiniglich auf die Umstände des vorgegangenen falsi, und daher ist auch die Straffe willkührlich. Indessen giebt es zwei Fälle, da das falsum mit einer Todes-Straffe beleget zu werden pfleget. 1) Wenn jemand ein solches falsches Zeugniß geredet hat, um dessent Willen der Richter einen unschuldigen Menschen hat zum Tode verurtheilen müssen; 2) werden

die

die falschen Münzer gemeiniglich lebendig verbrannt; sie mögen entweder das Geld selbst von geringern Gehalt geschlagen, oder auch wissentlich geringhaltige Müntze ausgezahlet und ausgegeben haben, L. 2. *Cod. de falsa moneta.*

§. 1364. 1365. Es folgt hierauf Lex Iulia *de vi publica & privata:* wiewol dasselbe eigentlich aus zweien Gesätzen bestehet. *Publica vis* heißt eine jede grobe Gewaltthätigkeit, welche man mit gewaffneter Hand bewerckstelliget, und wodurch die allgemeine Ruhe und Sicherheit gestöret wird. L. 10. *princ.* §. *ult.* D. *ad* L. *Iul. de vi publica.* Und dahin ist auch der Jungfrauen-Raub zu ziehen; hergegen wird *vis privata* diejenige Gewaltthätigkeit genennet, welche ohne Gewehr wider die Privat-Personen begangen wird. Jene wurde mit der Deportation bestraffet, §. 8. *Inst. h. t.* und der Jungfrauen-Raub nach Römischen Rechten als ein crimen capitale angesehen, L. 11. L. 1. §. 2. D. *ad* L. *Iul. de vi publica.* L. *un. Cod. de raptu virg.* Bei uns aber wird unter der Benennung raptus nicht nur der Jungfrauen-Raub verstanden, sondern auch, wenn jemand eines andern Frau oder Wittwe mit Gewalt, und seiner geilen schändlichen Lüste halben entführet. Der Grund dieses Verbrechens bestehet in dem gewaltsamen Vornehmen, wenn man schon dasselbe nicht vollbracht hat. *Carolus* V. hat in der Peinl. Hals-Gerichts-Ordn. *art.* 118. die Verordnung gemacht, daß ein solcher Böswicht damit sein Leben und alle sein fahrendes Gut verwircket. Nach dem Stadt-Recht der Stadt Worms P. II. *Lib.* VI. *Tit.* XXXI. und nach Bambergischer Ordnung *art.* 143. desgleichen nach der Freibergischen Ordnung wird derselbe mit dem Schwerdt bestrafft; wenn auch gleich die Entführung mit der Entführten Bewilligung geschehen wäre, L. *un. Cod. de raptu virginum.* L. 1. §. 3. D. *de servo corrupto.* Chur-Pfälzisch Landrecht P. V. *Tit.* XXXIV. §. 1. Solchergestalt wird denn auch ein solches Weib, welche in die Entführung gewilliget hat, mit dem Schwerdt oder Wasser gestrafft, der Beischlaff mag geschehen seyn, oder nicht. Nach Chur-Pfälzischen Landrecht *c.* 1. §. 2. soll der Entführer, ohngeachtet er die geraubte Person nicht geschwächet, da er doch Gelegenheit dazu gehabt hätte, wegen seines gewaltsamen Entführens mit Ruthen ausgestrichen und des Landes auf ewig verwiesen werden. Mit gleicher Straffe werden alle diejenigen Personen beleget, welche zu der vorgegangenen Entführung behülflich gewesen sind. *ibid.* §. 4. Die Entführung einer öffentlichen Huren aber wird nur mit einer geringen Straffe beleget. ZIERIZ. *ad Ordinat. Criminalem art.* 118. SCHÜTZ *in Compendium Lauterbachi Tit. de raptu virginum.* Uebrigens was vim publicam und privatam betrifft, so werden die öffentlichen Land-Friedens-Brecher nach allen Reichs-Gesätzen am Leib und Leben bestrafft:

und wer eine Gewaltthätigkeit gegen Privat-Personen ausübet, der bekommt nach Maaßgebung der befundenen Umstände seinen Lohn, und wird zur Ersetzung alles verursachten Schadens angehalten.

§. 1366. 1367. Es bestrafft hiernächst Lex Iulia *de peculatu & sacrilegiis* zweierley Verbrecher, nemlich 1) diejenigen, welche eine öffentliche Casse bestehlen, die sie nicht in Verwaltung haben, 2) welche aus dem Gottes-Kasten, dem sie nicht vorgesetzet sind, etwas entwenden §. 9. *Inst. h. t.* L. 4. *princ.* L. 9. §. 2. D. *ad* L. *Iul. de peculatu.* Dannenhero heist *peculatus* nichts anders, als derjenige Diebstahl, der an einer Landes-Casse von einem solchen begangen wird, welchen man nicht über dieselbe gesetzet hat. *Sacrilegium* aber nennt man den Diebstahl, welchen man an Kirchen-Sachen, die in einer Kirche oder an einen andern heiligen Orte befindlich sind, und nicht in seiner Verwaltung hat, boßhaffter Weise begehet. Ehedessen wurde das erste Verbrechen mit der Deportation, oder auch einer vierfachen Ersetzung bestraffet, L. 6. §. *ult.* L. *penult. eod.* Das Sacrilegium wurde zuweilen ausserordentlich, zuweilen aber mit Leib- und Lebens-Straffe beleget, L. 4. §. 1. L. 9. *princ.* D. *eod.* Man sahe aber die Eröffnung dieses Gesätzes deswegen für nöthig an, weil die Römer den Diebstahl nicht sonderlich zu bestraffen pflegten: jedoch weil bei uns ein Diebstahl scharff genug bestraffet wird, so werden solche Cassen-Diebe bei uns Protestanten nur mit der ordentlichen Straffe beleget. Die Päbstler aber pflegen denjenigen, welcher sich des Kirchen-Raubes schuldig gemachet hat, viel härter, als andere Diebe zu bestraffen, und insonderheit diejenigen lebendig zu verbrennen, welche eine Monstrantz oder auch das Behältniß einer geweiheten Hostie aus der Kirche gestohlen haben.

§. 1368. Legem Fabiam *de Plagiariis* anbetreffend, so weiß man nicht, woher dasselbe seinen Ursprung habe, noch auch zu welcher Zeit es aufgekommen sey. Indessen werden diejenigen als plagiarii angesehen, welche einen Menschen-Raub begehen, es mag der Geraubte ein freier oder leibeigener Mensch seyn. Dergleichen Menschen-Diebe werden nach dem Befinden ihrer dabei gehabten Absicht, und der dabei vorkommenden Umstände willkührlich abgestrafft, unterweilen aber auch wohl mit einer Lebens-Straffe beleget, wenn z. E. ein Jude ein Christen-Kind stiehlet und dasselbe beschneidet. Ein berühmtes Beispiel hiervon findet sich an dem bekandten Printzen-Räuber **Conrad von Kauffungen**, einem Meißnischen Edelmanne, wovon man des berühmten SCHVRTZFLEISCH *Dissertation* nachlesen kan. S. MÜLLERI Sächsische *Annales ad a. 1455. p. 30. sequ.* ALBINI Meißnische Chronick. *Part.* I. *cap.* XXI. p. 272. Daß aber wider diesen plagiarium das Urtheil so scharff gesprochen wurde, solches verursachte die

Beleidi-

Beleidigung des Burg-Friedens, weil er nemlich die Fürstlichen Kinder selbst aus dem Schlosse zu Altenburg hinweggestohlen hatte. AHASVERVS FRITSCHIVS *ad L. un. Cod. de Patitio & domo dominica cap.* XII. *n.* 3.

§. 1369. 1370. Bei den vier letzten Verbrechen haben wir nicht Ursach, uns weitläufftig aufzuhalten: Daher wollen wir nur die Erklärungen derselben vor uns nehmen. Das crimen *repetundarum* begehen diejenigen, welche bei Verwaltung ihres Amtes sich auf eine unverantwortliche Weise mit Gelde bestechen lassen. Des Criminis *ambitus* machen sich diejenigen schuldig, welche sich zu einem öffentlichen und obrigkeitlichen Amte durch Geld zu gelangen bemühen. Das crimen *annonæ* bestehet darinnen, wenn jemand das Getraide auf dem Felde dergestalt verderbet, daß an demselben dadurch eine Theurung entstehet. Das crimen *residui* begehen solche Personen, welche eine öffentliche Casse in Verwaltung haben, und an derselben durch üble Ablegungen der Rechnungen, und auf andere Weise die eingenommenen Gelder unterschlagen. Ueberhaupt aber heißt es bei der bösen Beschaffenheit unserer Zeiten von diesen und dergleichen Verbrechern nach den gemeinen Sprüchwort:

Dat veniam corvis, vexat censura columbas.

oder wie wir Teutschen zu sagen pflegen: **Kleine Diebe hänget man, vor den Grossen nimmt man den Huth ab.** Endlich ist noch zu erinnern, daß die Peinliche Anklage in unsern Landen sehr selten vorkommt: weil wir an deren Statt aus dem Iure canonico den **Inquisitions-Proceß** eingeführet haben. Bei demselben verfähret ein peinlicher Richter nach seiner ihm obliegenden Amts-Pflicht, daß er nemlich nach geschehener **Denunciation**, oder auch wegen eines entstandenen allgemeinen **Gerüchtes** über die Verbrechen fleissig inquiriret, sich der Uebelthäter zu bemächtigen suchet, Zeugen abhöret, die Inquisiten zum Geständniß bringet, und nach Befinden entweder willkührlich, oder nach der Vorschrifft der Landes-Gesätze zu der wohlverdienten Straffe ziehet. Und solchergestalt geschiehet es, daß ein Land von boßhafften Uebelthätern gesäubert wird: als welches eigentlich der vornemste Endzweck der peinlichen Rechtsgelahrtheit seyn muß.

Was nun aber insbesondere von dem Teutschen **peinl. Proceß** zu sagen ist: so müssen wir nunmehro auch der alten und neuen Gestalt desselben ein wenig näher treten, und vor allen Dingen sehen, was für eine Weise bei unsern Vorfahren vor Einführung des Inquisitions-Processes bei der peinlichen Anklage gewöhnlich gewesen sey. Es ist aus dem vortrefflichen Geschicht-Schreiber TACITO *de Mor. Germ. cap.* XII. bekannt, daß man bei den alten Teutschen vor der Land-Tags-Versammlung die peinliche Anklage wider einen jeden Uebelthäter habe vortragen können. Denn er saget daselbst:

Licet

Licet apud concilium accusare quoque, & discrimen capitis intendere. Nächstdem führen die alten Gesätze die peinliche Anklage beständig in dem Munde, so, daß man an dieser Wahrheit zu zweiffeln gar keine Ursache hat. Es konten aber solche Anklage nur Leute von gutem Glimpff und Leimund unternehmen: und daher durffte kein Knecht L. *Longob. Lib.* II. *Tit.* 50. CAPITVLAR. *lib.* VIII. §. 76. kein Rechts- und Ehrloser, noch auch der einer Boßheit bei der Anklage verdächtig war, *ibid. Tit.* 51. §. 8. CAPITVLAR. *lib.* VI. §. 253. *lib.* VII. §. 676. kein Freund, noch Haus-Genosse CAPITVLAR. *lib.* VII. §. 342. vielweniger ein Mensch von geringen Herkommen wider diejenigen, welche vornemen Standes waren. L. *Wisigoth. Lib.* VI. *Tit.* I. §. 1. kein Laye wider einen Geistlichen, CAPITVLAR. *lib.* I. §. 35. desgleichen kein Mörder, kein Zauberer, kein Dieb, kein Kirchen Räuber, kein Strassen-Räuber, kein Gifftmischer, kein Ehebrecher, kein Jungfrauen-Räuber, kein Meineidiger und Verfälscher diese wider jemanden unternehmen. CAPITVLAR. *lib.* VI. §. 298. *lib.* VII. §. 65. Noch vielweniger durffte sich dessen ein Feind des christlichen Namens, CAPITVLAR. *lib.* VII. §. 137. ein der Ketzerei verdächtiger *ibid.* §. 331. und ein solcher unterstehen, welchen die weltlichen Gesätze die peinliche Anklage untersaget haben. CAPITVL. *lib.* VII. §. 88. z. E. Unmannbare und Minderjährige L. 8. D. *de accusationibus*, Weiber, L. 1. L. 8. D. *eod.* Soldaten, L. 11. *princ.* D. *eod.* Indem L. *Burgund. Tit.* XXXIII. §. 3. die Weiber von allen Klagen ausschloß, und in peinlichen Fällen auch keine procuratores zuließ. CAPITVL. *lib.* VII. §. 274. L. 3. §. 3. D. *de procuratoribus.* L. *ult. Cod. de iniuriis.* L. *un. Cod. de adsert. toll. & ibid.* CVIACIVS *in Paratitlis.* Und damit niemand einen unschuldiger Weise anklagen möchte, so legten LL Salicæ *Tit.* XX. einem Gewissenlosen Ankläger eine Geld-Straffe von 200. Solidis und L. *Ripuar. Tit.* XXVIII. 60. Solidos auf. Nachgehends nahmen andere Völcker, und so gar die Franken, die Römische Weise an, daß ein jedweder Ankläger die inscriptionem in crimen vorzunehmen angehalten wurde. L. *Wisig. Lib.* VII. *Tit.* I. §. 1. *Lib.* VI. *Tit.* I. §. 2. L. *Baiuuar. Tit.* XXVIII. *cap.* 17. CAPITVL. *lib.* VII. §. 282. Wie vielerlei aber solche Anklagen ehemals bei uns gewesen seind, solches erhellet aus dem Verfasser des Richtsteiges über das Sächsische Landrecht *cap.* 30. Der klägere klage velt vierleye wys. Tho deme ersten klagen sy ene Handhaffte Daet ouer einem, der gevangen is in der daet. Tho deme andern klagen sy overnechtige Klage. Tho deme drüdden klagen sy ouer einem, de ungevangen dartho der antwerde is. Tho dem vierden klagen sy ouer den, de vorflüchtig is. Woraus man abzunehmen hat, es seynd die Anklagen von anderer Beschaffenheit gewesen, wenn man den Uebelthäter in handhaffter That betroffen

betroffen hatte, als wenn deſſelben That übernächrig worden war. Sachſen-Spiegel, *lib.* II. *art.* 35. Der Verfaſſer des Richtſteiges, *cap.* 30. *ibid.* Repko *art.* 35. Wenn dannenhero ein Uebelthäter auf friſcher That betroffen wurde, z. E. bei Nothzucht, Diebſtahl oder Raub, Sachſen-Spiegel *lib.* II. *art.* 64. ſo mußte man mit lautem Geſchrei, oder Zeter-Geſchrei, den Richter um Hülffe anruffen, wie *loc. cit.* folgende Worte beſagen: Sie ſollen das Klagen mit Gerüffte durch der handhafften That, und durch nothwillen, die ſie da beweiſen ſollen. Den Gebrauch ſelbſt beſchreibet uns der Verfaſſer des Richtſteiges *cap.* 31. Wenne dar dingh geheget is; in dieſen Worten: ſo lade dy kleger den brockhaffrigen burren deme dinghe, unde kome orhmodichliken unde drüſſliken, unde ſpreke: Eya here her richter, ick bidde dorch Got eines mannes, de myn Wort ſpreke. Wenne denn yenne an ſyn Wort gekomen is, ſo ſpreke de vorſprake. Here her richter, *N.* de bidder, dat he mure bringen vor yw in dat gerichte einen, de he bereden wil, dat he ſyn mörder, oder ſyn deef, oder ſin rouer, oder ſyn weldener, oder ſyn nottogher, oder ſyn ouerhurer, oder ſyn voruеſtede mann ſy, und den he in der handhaftigen daet begrepen heft, de noch ſchynbar is, und he bewyſen will. So vragh vort, wo du ene to rechte vor den richter in dat gehegede ding bringen ſchalt? So vintme, met deme geruchte, und met der bewyſinghe, da du ene mede vorwinnen wult. So vüre he ene vort vor gerichte, und ſchrye up dem wege. Tho Nö dute ouer mynen morder, oder wo de brocke ſy, und ouer des landes rechte morder. Wenne he denne ene in dat gehegede ding gebracht heft, ſo ſtille ſy de vronebode. Nach geſchehenem Geſchrei und durch den Gerichts-Diener anbefohlenen Stillſchweigen bat der Ankläger um ein richterliches interlocut, ob er dergeſtalt im Anklagen rechtmäſſig verfahren habe, und trug zugleich die Anklage ſelbſt vor. Davon ertheilet der Verfaſſer des Richtſteiges *cap.* 31. folgende Nachricht: So ſpreke de vorſprake: Here her richter, will gy dorch got, und dorch des rechten willen *N.* wort vort horen. So ſpreke he: Here her richter, he wete vorwar unde wetliken, wenne em leff is, dat he eme rechte dat, unde bitte eines ordels, efft he *N.* ſo met ſyme geruchte, und mit der hanhaffren daet vor dat gerichte hebbe gebracht, als he ſyne klagen yegen eme mogen anſtellen to rechte, edder wat dar rechtes umme ſy? So vintme, he moge, he ſehe, dat he rechte du. So ſpreke vort: Here her richter, ſo ſteit hir *N.* unde klaget unſen heren Gode unde yw in Godes ſtede, dat *N.* ſy gekomen wedder God, onde wedder recht, unde hebbe eme yammerliken affgemordet ſynen

leuen frunt, edder he hebbe eme geweldighliken affgerouet syn pert. *N.* will he des bekennen, dat mach he don: will he des auer versaken, so will he des eme vorwinnen, wo yt eme tho rechte ghedeylet wert, und bidde rechtes gerichtes ouet den vorbenomenden myßdedighen man, unde bidde enes ordels, here her richter, wat sy nut dartho don scholen, dat em beyden recht geschee? So spreke de richter: *N.* des vrage ick yw. So vintme: dathe *N.* tho det antwerde byde. Dat vintme ok ander werue unde dritte werue. Fast eben auf die Weise wurde derjenige Uebelthäter angeklaget, welchen man zwar auf frischer That ertappet, aber der sich von dannen auf die Flucht begeben hatte, als welchen der Ankläger mit lautem Geschrei verfolgete: dabei ein jedweder Mitbürger Hülffe zu leisten, und den Flüchtling aufzuhalten verbunden war. Sächsisch Landrecht *lib.* II. *art.* 71. *sequ.* Verkroch sich der flüchtige Uebelthäter dergestalt, daß man nicht wußte, wo er sich aufhielt: so wurde er dennoch an demselben Tage, ehe die That übernächtig wurde, angeklaget, und wenn der Richter gleich nicht zugegen war, so that man solches vor den Gerichts-Frohnen. Dieses wirckte so viel, daß der abwesende Uebelthäter geächtet wurde. Sächsisch Landrecht *lib.* II. *art.* 70. Hatte sich nun ein Uebelthäter bei Begehung seines Verbrechens so behutsam aufgeführet, daß man ihn nicht auf der That betraff: so wurde er nachhero, da man ihn ansichtig wurde, zwar auch mit Geschrei angeklaget, wenn der Ankläger Hoffnung hatte, ihn mit bewehrter Hand zu überwältigen; ohne Geschrei aber, wenn er mit demselben anzubinden nicht willens war. *ibid. lib.* II. *art.* 36. Auch diesen Gebrauch beschreibet der Verfasser des Richtsteigs *cap.* 33. eigentlich also: Is dyn klage vernachter, so hege der richter ein ding, als hieruor gesecht is. So spreke des klegers vorsprake alsus: Here her richter. *N.* de biddet eines ordels, wo he syne klage anstellen solle ouer einen synen vredebreker, ꝛc. dat yt em tho syneme rechte hulplik sy. So vintme, he schole sy anstellen met syme geruchte, als he em vorwinnen will. So vrage he vort, esst dat gerüchte solle vor der klage gan, oder de klage vordeme gerüchte? So vintme, dat gerüchte scholle vorgaen, wente dat is der klage beginn. So biddet he, dat he yt schryen mute. So sprekt de richter: Jck gunnes wol, esst des em noth sy. So schrye de sackewoldige suluen ouer *N.* und ouer unrechte wolt. Also do he ander werff, unde dritte werff. Daß man dieses alles bei den Schwaben beobachtet habe, ist nicht leicht zu behaupten, ohngeachtet von der Hand-Gerhat in dem Schwaben-Spiegel, *cap.* 105. und 109. unterschiedenes gemeldet wird. Was hiernächst die gefängliche Verhafft, und die Auslieferung

eines

eines Uebelthäters anbetrifft, so finden wir davon in den alten Teutschen Gesätzen, als L. *Wisig. Lib.* VII. *Tit.* IV. §. 4. L. *Longob. Lib.* I. *Tit.* XXV. §. 54. und CAPITUL. *lib.* VI. §. 106. unterschiedene Nachricht, daß man nemlich bei unsern Vorfahren Gefängnisse, Kercker-Meister, und Ketten und Banden gehabt habe. Das Sächsische Landrecht zeiget hiernächst *lib.* I. *art.* 61. welche Uebelthäter durch Bürgen haben auf freien Fuß gestellet werden können, oder nicht. Die Worte davon lauten also: **Wer keinen Bürgen haben mag, den soll man behalten in des Richters Gewalt, ob der da kein Erb hat, und er umb Ungericht klaget, oder ob die Klag auf ihn gehet.** S. *ibid. lib.* III. *art.* 17. Das Schwäbische Landrecht verordnet *cap.* 153. folgendes: **Der Richter soll keinen Bürgen nehmen, ohn den Kläger, da es umb einen Todschlag ist, oder umb einen rechten Strassen-Raub.** Endlich stehet in Sächsischen Landrecht *Lib.* II. *art.* 9. dieses: **Umb einen gefangenen Mann soll man Bürgen geben, er sey denn in der handhafften That begriffen.** Auf gleiche Weise mußte der Ankläger, falls es ihm an Bürgen fehlete, in den bürgerlichen Gehorsam gehen. CAPITULAR. *lib.* VII. §. 338. Diejenigen Bürgen nun, welche für den Angeklagten gut gesaget hatten, waren schuldig, dem Richter denselben auszulieffern und darzustellen: widrigenfalls mußten sie bei den Schwaben eben dieselbe Straffe leiden, welche der Angeklagte hätte übernehmen müssen, wofern er nicht vor der Execution gestorben wäre. Schwäbisch Landrecht *cap.* 161. §. 2. und *cap.* 326. §. 1. 2. Bei den Sachsen aber zahlten dieselben das Wergeld und die Geld Straffe. GLOSSATOR des Sächsischen Landrechts *lib.* III. *art.* 11. Gleiche Schuldigkeit mußten die Kercker-Meister beobachten, und sonderlich dafür Sorge tragen, daß die Gefangenen ungehindert den Gerichten dargestellet werden möchten. Schwaben-Spiegel, *cap.* 120. Es war aber auch dem angeklagten Uebelthäter, welchen man gefänglich eingebracht hatte, sich zu verantworten erlaubt: da es denn gemeiniglich geschah, daß, im Fall sie die That läugneten, wie gemeiniglich zu geschehen pflegt, dieselben, bevor sie das Verbrechen nicht eingestanden hatten, oder desselben nicht überwiesen waren, kein Urtheil wider sie ausgesprochen werden konnte. CAPITUL. *lib.* V. §. 156. Die Vertheidigung selbst aber übernahm der Uebelthäter nicht allein, sondern zugleich dessen Freunde und Anverwandten, derer ihn nicht über dreißig an der Zahl vor dem Richtstul begleiten durfften. Sächs. Landrecht *lib.* II. *art.* 67. Wie nun die Kriegs-Befestigung Rechtens von dem angeklagten Uebelthäter geschehen sey, solches erhellet aus den Redens-Arten, welche der Angeklagte nach dem Bericht des Verfassers des Richtsteiges *cap.* 32. vor dem Richter selbst vorgetragen haben soll: **Here her richter,**

ick bidde yw dorch GOt und alle, die hir umme ſtaen dat yw nenes unrechtes an my ſtaden, unde myn blut nicht tho unrecht gyten, vnd bidde eines mannes de myn wort ſprecke. Der zugegebene Vertheidiger oder Advocat befeſtigte alſo für den Angeklagten den Krieg Rechtens, woferne er keinen Aufſchub erhalten konnte, z. E. Here her richter wil gy horen *N.* wort? *N.* biddet dat gy em laten daromme en recht ordel werden. Nademe dat he *N.* den vromen mann ny wedder dorch hat, noch dorch nenet ſacke wille, wenn dorch rechten notwere geweller heffe, dat he bewyſen will met ſynes ſulues lyue, vnde met bedderuen luden, vnde wo he yth tho rechte bewyſen ſchall? eff me ene dorch notwere mord moge anſprecken, oder wat dar an recht umme ſy? Wurde aber die That abgeläugnet, und des Anklägers Beweiß vernichtet, ſo hieß es: Here her richter, ſo ſteit hier *N.* de bedderue man, vnd bidder, dat gy ſehen, vnde laten yw ontfarmen de nodt vnd de gewalt, de eme *N.* tho vnrechte anleget, (vnd wiſe denne de bende edder de wunden,) vnde ſprecke vort, und bidde enes ordels. Nademe dat he eme tho eineme vredebrecker bereden wolde, vnde des nicht don ne mach, eft he den vrede icht an em gebrocken hebbe, edder wat dar ein recht umme ſy. Was nun ein ſolcher Angeklagter hiernächſt für exceptiones habe vorbringen können, davon finden wir Nachricht im Sächſiſchen Landrecht, *lib.* II. *art.* 17. *lib.* III. *art.* 12. 16. 26. und bei dem Verfaſſer des Richtſteiges *cap.* 32. *p.* 36. Ferner im Schwäbiſchen Landrecht, *cap.* 118. 124. u. d. m. War ein Uebelthäter abweſend, ſo wurde er bei allen Teutſchen Völckern nach geſchehener Anklage in die Acht erkläret oder verbrennet. L. *Ripuar. Tit.* LXXXVII. L. *Longob. Lib.* I. *Tit.* XXV. §. 62. *ſequ.* CAPITVLAR. *lib.* III. §. 49. *ſequ.* Aus welchen Stellen zugleich erhellet, wie der Graf oder Richter die Verbannung allen Benachbarten kund gemacht, und dieſelben gewarnet habe, den Verbanneten nicht zu hauſen, widrigenfalls ſie mit Gelde oder am Leibe geſtraffet werden dürfften. Daß nachhero die Sachſen und Schwaben eben dieſe Verbannung eingeführet, und die entronnene Uebelthäter dreimal vor Gerichte geladen haben, ſolches berichtet uns das Sächſiſche Landrecht *lib.* I. *art.* 66. 67. 68. 70. Der Schwaben-Spiegel *cap.* 91. §. 1. & 2. Es war aber die Verbannung nicht einerlei, ſondern die Acht und Oberacht oder proſcriptio minor und maior. Wer in die Acht oder Verfeſtung erkläret war, den hatte man nur aus einer gewiſſen Landſchafft oder Gerichts-Sprengel verbannet: hingegen wider welchen die Oberacht ergangen war, der hatte in dem gantzen Teutſchen Reiche keinen ſichern Auffenthalt. Jener konnte von Jedermann aufgebracht, und dem Richter dargeſtellet, keinesweges

aber

aber getödtet werden, wenn er sich nur nicht mit bewehrter Hand zur Wehre stellete. Sächsisch Landrecht *lib.* I. *art.* 66. Schwaben-Spiegel *cap.* 151. Dieser aber stund in beständiger Lebens-Gefahr. ZOBEL *Addit. ad lib.* III. *art.* 34. Sächs. Landrecht. Ein unschuldig Verbanneter aber konnte dessen ungeachtet der Acht entlediget werden, wenn er nach geschehener öffentlichen Vorladung und Stellung der Bürgen vor Gericht erschien, und seine Unschuld behauptete. Sächs. Landrecht *lib.* III. *art.* 17. & 18. *lib.* II. *art.* 4. & 7. Wer in der Oberacht stund, konnte sich auf gleiche Weise davon losmachen, nur mußte er zu Wiedererlangung seiner Rechte dem Keiser Dienste leisten. Sächs. Landrecht *lib.* I. *art.* 38. *lib.* III. *art.* 34. Die Art und Weise, wie man ihn der Acht entlediget hat, findet sich *ibid. lib.* II. *art.* 4. Was dieses nun für Wirckungen nach sich gezogen habe, solches erhellet *ibid. lib.* I. *art.* 38. Schwaben-Spiegel *cap.* 160. §. 8. Der Geächtete mußte aber dennoch, seiner Unschuld ungeachtet einem jeden Richter, welcher ihn verbannet hatte, eine gewisse Geld-Straffe erlegen. Schwaben-Spiegel *cap.* 98. 99. Die Ueberzeugung der Uebelthäter geschahe ausser Zweiffel gleichermaassen durch Zeugen, oder, wenn er sehr graviret war, durch die Folter, oder sogenannte scharffe Frage. War aber der Verdacht wider sie nicht sonderlich: so reinigten sie sich durch einen Eid, oder nach der damals gebräuchlichen Weise *per purgationem vulgarem.* Die Folter aber war nicht bei allen Teutschen Völckern gebräuchlich, sondern nur bei denen, welche dieselbe von den Römern erlernet hatten, z. E. bei den West-Gothen, Ost-Gothen und Francken. Man erkennte aber solche nur den Knechten zu. L. *Sal. Tit.* XLIII. *Edictum Theodorici.* §. 100. L. *Wisigoth. lib.* VI. *Tit.* I. & II. Die West-Gothen hatten aber dennoch bei gewissen vorfallenden Verbrechen, z. E. der beleidigten Majestät, des Ehebruchs, des Mords, die Gewohnheit auch Standes-Personen auf gewisse Art zu foltern: und eben dieses liessen sie auch Dieben und Räubern widerfahren, welche von schlechten Eltern ihre Freigebornheit herleiteten, nur mußte der Ankläger seinen Namen von sich geben, und sich damit zu gleicher Straffe verbinden: so ferne nemlich der Proceß über 500. Solidos zu betragen schien. L. *Wisigoth. Lib.* VI. *Tit.* I. §. 2. Ja es gab auch Fälle, da man bei ihnen auch die Knechte um der Herren Willen zur Marter zog, z. E. wegen Ehebruch, wegen der beleidigten Majestät, wegen falscher Müntze, Mord und Zauberei, *ibid.* §. 4. Allein solches scheinen sie aus den Römischen Gesätzen angenommen zu haben, L. 1. §. 5. *sequ.* D. L. 1. *Cod. de quæstionibus.* L. 1. D. *ad* L. *Iul. Annonæ.* L. 53. D. *de Iudiciis.* Die Beschaffenheit der Marter selbst erlernen wir aus L. *Sal. Tit.* XLIII. §. 4. aus GREGORII TVRONENSIS *Historia Lib.* V. *cap.* 49. S. ECCARDVM *ad Legem Salicam p.* 79. *sequ.* Und aus

GREGORIO TVRONENSI *lib.* VI. *c.* 34. und *lib.* VII. *cap.* 32. ſchlieſſen wir, daß die Francken, wenn ſie jemand martern wollten, den Angeklagten nach rückwärts zuſammen gebundenen Händen lebendig aufgehänget, ihn über die Folter-Banck geſpannet, und endlich geprügelt und gegeiſſelt haben. Weil nun die Richter zum öfftern keine Maaß bei der Marter zu halten wußten, ſo wurde in L. *Wiſigoth. Lib.* VI. *Tit.* I. §. 5. in Anſehung derſelben folgende Verordnung gemacht: *Si temperamentum in tormentis non tenuerint, & ita diſcretionem legis exceſſerint, ut is, qui quæſtionatus eſt, mortem violenter incurrerit, accuſator & iudex ad ſeruum eiusdem pretii reddendum condemnentur.* In den mittlern Zeiten ſcheinet die Marter allgemach abgekommen zu ſeyn; indem wir in dem Sachſen- und Schwaben-Spiegel davon gar keine Spur mehr finden: weil dieſe beiden Völcker die purgationes vulgares zur Unterſuchung der Wahrheit für hinlänglich genug angeſehen haben. Daher hält SCHILTER *in Praxi iuris Romani in foris Germ. Exerc.* XLIX. §. 164. dafür, es habe ſich die ſogenannte **Tortur** erſtlich mit dem Römiſchen Recht wiederum in den Teutſchen Gerichten eingefunden. Dahingegen meinet THOMASIVS *ad Tit.* D. *de quæſtionibus p. 371. ſequ.* und GRIBNER diſſ. *de repetitione tormentorum confeſſo inficiante* §. 4. *p.* 12. *ſequ.* die Römiſche Geiſtlichkeit habe ſchon längſt vorhero die Marter wegen der Ketzer, Zauberer und Kirchen-Räuber wiederum eingeführet, nachdem nemlich der Pabſt die purgationes vulgares aus den Gerichten verbannet hatte. So viel iſt indeſſen von den Engländern, Schweden und Arragoniern gewiß, daß man bei ihnen die Folter-Banck zu keiner Zeit angetroffen habe. THOMAS SMITH *de republica Anglorum lib.* II. *cap.* 27. LOCCENIVS *Synopſ. iur. publ. Sueccan. diſſ.* XXX. *qu.* 13. *p.* 741. GOMEZ *Variarum Reſolutionum T.* III. *cap.* 13. Was unſere Teutſche Tortur anbetrifft, ſo bleibt es bei gedachter Meinung des ſel. Hrn. Geh Rath THOMASII. GVILIELMVS de NANGIACO *Contin. ad an.* 1307. *ſequ.* Was iſt es dahero Wunder, daß unſere Richter dem Beiſpiel der hochlöblichen Geiſtlichkeit, welche man für untrügliche Wegweiſer zum Himmel anſahe, blindlings gefolget ſind. S. IOAN. LVD. VIVES *in Commentario ad* AVGVSTINVM *de Civitate Dei lib.* XIX. *cap.* 6. Die alten Sachſen und Schwaben brauchten dahero an ſtatt der Tortur das **Zeugniß von ſieben Perſonen**, oder auch die purgationes canonicas und vulgares. Nemlich, der Ankläger, welcher den Angeklagten mit **Gerüffte** vor den Richter auf friſcher That geſchleppet hatte, legte, falls derſelbe die That läugnete, nebſt ſechs andern Zeugen das iuramentum adſertorium ab: und dieſes verordnet das Sächſiſche **Landrecht** *lib.* I. *art.* 66. in folgenden Worten: **Wen man in handhaffter That fähet, als er gefangen wird, ſoll man ihm nicht zu bürgen**

bürgen geben, ſondern man ſoll ihm für Gerichte bringen, vnd ſelb ſiebend ſoll man ihn überzeugen. Ein gleiches wurde beobachtet, wenn ſich ein auf friſcher That betroffener Uebelthäter auf die Flucht begeben hatte. Denn das Sächſiſche Landrecht *lib.* I. *art.* 70. ſaget: **Wer mit vngericht vor gericht beklagt wird mit getüffte da er nicht gegenwärtig iſt, und ehe es übernächtig wird, mag der kläger das vngericht gezeugen ſelb ſiebend, man ächtet jenen, der es gethan hat, allzuhand.** War aber jemand auf der That nicht betroffen worden, und ſonſten guten Leumundes, wurde er zum purgatorio gelaſſen: ein Ehr- und Rechtloſer aber mußte ſeine Unſchuld per purgationem vulgarem darthun. S. *ibid. part.* 39. Was endlich das peinliche Urtheil anbelanget, ſo hieß daſſelbe, falls ſich der Angeklagte aller Beſchuldigung entlediget hatte: **Dat de beſchuldigte man ledig unde loß ſy, nademe dat klager in nener vndaet ene vorwinnen mögen.** Richtſteig *cap.* 32. *p.* 35. Wurde aber der Angeklagte nach vollbrachter Ueberzeugung verurtheilet; ſo fragte der Ankläger vorher: **Effe he yennen der ſacke verwunnen hebbe, als he the rechte ſcholle?** Darauf ſagte der Richter, welchergeſtalt es mit der Ueberzeugung des Angeklagten ſeine Richtigkeit hätte. Hierauf fuhr der Ankläger fort zu fragen: **Wat des ouerwunnen mannes recht ſy.** Alsdenn ſprach der Richter: **me ſchalle en enthaueten:** *ibid. cap.* 35. Und damit war es um den Beklagten geſchehen, und es wurde das Urtheil an ihm vollſtrecket: welche Vollſtreckung entweder einer ſeiner Anverwandten, oder Schöpffe, oder auch der Frohn-Bothe zu übernehmen pflegte. KRESSIVS *ad Conſtitut. Crim. art.* 95. *ſequ.* §. 2. *not.* **. *p.* 221. Bevor aber der Verurtheilte auf den Richt-Platz geführet wurde, wurde erſtlich der Stock über ihn gebrochen. IDEM *c. l.* §. 1. *not.**. *p.* 220. Hierauf bat der Advocat um des Beklagten ehrliches Begräbniß. Richtſteig *cap.* 35. *p.* 44. Endlich fragte der Nachrichter, ob man ihm Sicherheit angedeien laſſen wollte, im Fall ihm die Execution nicht allerdings gelingen würde. Peinl. Hals-Gerichts-Ordnung. *art.* 97. Das Begräbniß nun wurde den Uebelthätern, gleichwie auch die Vorbereitung zum Tode nicht allemal geſtattet. Sächſiſch Landrecht *Lib.* I. *art.* 54. & 57. S. MÜLLERI Sächſiſche *Annales ad an.* 1470. THOMASIVS *de occaſione, conceptione & intentione Conſtitutionis Criminalis Carolinæ* §. 8. *not.* z. *p.* 13. So ſahe es ehedeſſen in den peinlichen Gerichten der alten Teutſchen aus. Wenn wir nun dieſes alles mit der Peinl. Hals-Gerichts-Ordnung, und unſern heutigen Rechten in Vergleichung ziehen: ſo werden wir wahrnehmen, daß ſich noch unterſchiedenes von der alten Weiſe 1) bei der Anklage, 2) bei der Verhafft und Auslieferung der Uebelthäter, 3) bei der Vertheidigung derſelben,

wie

wie auch 4) bei deren Ueberzeugung, und endlich 5) bei der Verurtheilung und Vollziehung derſelben zu finden pfleget. Denn a) was die Anklage betrifft, ſo hat Carolus V. dieſelbe nicht gäntzlich abgeſchaffet, und b) den obrigkeitlichen Perſonen die Unthaten ihrer Pflicht gemäß zu beſtraffen Befugniß ertheilet. **Peinl. Hals-Gerichts-Ordnung** *art.* 6. Ja es ſind c) die gedachten quæſtiones wegen der Unthaten ſchon lange vor ſeiner Zeit in Teutſchland nach und nach bekannt worden; KRESS *ad Conſtitut. Crim. art.* 6. §. 5. *p.* 29. *ſequ.* mithin hat d) hochgedachter Keiſer dieſelben vielmehr beibehalten, als in Teutſchland dieſelben erſtlich einführen wollen. e) Iſt auch ſo viel gewiß, daß ſich die Teutſchen vor dem Accuſations-Proceß vielmehr freiwillig, als wegen der geſtrengen **Hals-Gerichts-Ordnung** geſcheuet, und f) ſind daher die Richter die Uebelthäter ihrer Amts-Pflicht gemäß ſelbſt anzuklagen gemüſſiget worden, oder g) man hat ſie durch Fiſcäle anklagen laſſen: als welches letztere auch an denjenigen Orten noch heutiges Tages beobachtet wird, wo man ſonſt die **Peinl. Hals-Gerichts-Ordnung**, wenig oder nichts achtet. HVBER *Prælect. ad Pandectas Lib.* XLVIII. *Tit.* II. §. 3. So iſt auch dieſes noch aus den alten Rechten bei den Teutſchen üblich, h) daß der Ankläger entweder cautionem de proſequenda lite, reſtituendisque impenſis & indemnitate zu beſtellen hat, oder i) ſich in gefängliche Verhafft einführen laſſen muß. **Peinl. Halsger. Ordn.** *art.* 12. ſequ. k) Daß die Anklage noch heutiges Tages an unterſchiedenen Orten mit Geſchrei oder Gerüffte vorgetragen zu werden pfleget, welches die **Peinl. Halsg. Ordn.** *art.* 87. ausdrücklich erlaubet. Daher haben wir allhier in Halle bei dem Peinl. Hals-Gerichte den ſogenannten **Blutſchreier.** LVDOVICI *ad Conſtitut. Criminal. art.* 87. *p.* 109. l) Daß ſowol der Ankläger, als der Angeklagte einen **Fürſprecher** aus dem Gerichte bekommt. **Peinl. Hals-Ger. Ordn.** *art.* 88. m) Iſt bei uns der Unterſcheid zwiſchen einer handhafften und übernächtigen That nicht gantz unbekannt. Denn es äuſſern ſich die Spuren davon annoch bei dem Achts-Proceß. KEYSERS **Anweiſung zum Inquiſitions- und Achts-Proceß** *cap.* XI. §. 9. p. 321. *ſequ.* CARPZOV **von Inquiſitions- und Achts-Proceß** *Tit.* XI. *art.* 5. *ſequ.* Und ſogar, wenn man eine Inquiſition angeſtellet hat. *Ius Hamburgenſe* P. IV. *art.* 44. & 45. n) Zeiget ſogar die Inquiſition unterſchiedene Spuren von dem ehemaligen alten Rechte: weil dieſelbe nicht ſtatt findet, wofern man nicht wenigſtens bei den delictis permanentibus des corporis delicti verſichert iſt. Eben deswegen wird bei einem Mord der Cörper des Erſchlagenen geöffnet, und bei vorgefallenen Diebſtahl das beſchworne Verzeichniß der geſtohlenen Sache von dem vormaligen Beſitzer gefordert. **Peinl. Hals-Ger. Ordn.** *art.* 6. ibique KRESS *in Commentario* §. 8, *p.* 31. Was hier-

hiernächſt o) bei gefänglicher Verhafft und Auslieferung der angeklagten Uebelthäter beobachtet wird, das haben wir ebenfalls unſern Vorfahren zu dancken, da man z. E. die ausgetretenen durch **Steck-Brieffe** verfolget, als welches auch die alten Francken ſchon ehedeſſen gethan haben. MARCVLFVS *Adpend. cap. 19.* p) Man nimmt für diejenigen keine Bürgen an, welche durch ihr Verbrechen eine Leib- und Lebens-Straffe verdienet haben: wie man bei denen zu thun pfleget, wo keine Todes-Straffe zu befürchten iſt, oder welche ſich mit einem ſalvo conductu haben verſehen laſſen. q) Die pœna talionis, womit die **Peinl. Hals-Gerichts-Ordnung** *art. 180.* den Stockmeiſter, welcher einen Uebelthäter boshaffter Weiſe aus dem Gefängniß hat entlauffen laſſen, anzuſehen befiehlet, hat ebenfalls daher ihren Urſprung. **Sächſiſch-Landrecht** *cap.* 120. Und iſt dieſe Verordnung hierin weit gelinder, als der **Schwaben-Spiegel.** r) Die Defenſion oder Vertheidigung wird noch heutiges Tages keinem Angeklagten abgeſchlagen, auſſer, wenn er ſich gegen die Majeſtät vergangen hat. Daher kan der Angeklagte zu ſeiner Verantwortung den Krieg Rechtens befeſtigen, und zwar dergeſtalt, daß er über der Zeugen Auſſage, welche man in gewiſſe Artickel verfaſſet, ordentlich verhöret wird. CARPZOV. *Prax. Crim.* P. III. *qu. 106. n. 68.* Er kan ſeine exceptiones, **Schutz-Reden**, Ausflüchte entweder vor oder nach der litis conteſtation vortragen: oder auch, welches gleich viel iſt, die Erlaubniß ſuchen, pro avertenda inquiſitione, als welche erbaren Perſonen an ihren Ehren und Rechten für nachtheilig gehalten wird, eine Defenſion einzubringen. CARPZOV *l. c. qu. 115. n. 24.* MEVIVS P. VI. *dec.* 653. Ob nun gleich s) die Aechtung abweſender Uebelthäter an vielen Orten abgekommen iſt: ſo behält man ſie dennoch heutiges Tages in Sachſen nach allen denen Umſtänden bei, welche wir oben berühret haben. S. CARPZOVIVM und KEYSERVM in Tract. **vom Inquiſitions- und Achts-Proceß.** Dennoch aber hat die Aechtung keinesweges ſoviel Wirckung, daß der Geächtete von jedermann erſchlagen werden könne, ſondern daß der Geächtete pro confeſſo und convicto gehalten wird, und, wenn die Ober-Acht wider ihn ergangen iſt, ſeiner Ehre, Rechte und Güter verluſtig gehet, doch ſeiner Frauen Mitgifft und ſeiner Kinder-Pflicht-Theil unbeſchadet. KEYSER *l. c. p.* 403. *ſequ.* Nächſtdem hat ſich zwar t) bei der Ueberzeugung der angeklagten Uebelthäter die abergläubiſche Weiſe mit der purgatione vulgari unſichtbar gemacht; und man hat darzu das ſiebenfache Zeugniß nicht mehr nöthig: allein es iſt dennoch der Reinigungs-Eid aus dem alten Rechte herzuleiten, welchen ein Angeklagter abzulegen hat, wofern er durch die Ausſage der Zeugen nicht überwieſen, noch auch zur Tortur, da er nicht graviret iſt, gezogen werden kan. Man pflegt aber vor Ablegung des Eides

den Angeklagten durch des Priesters Zureden vor dem Meineide warnen zu lassen: welches man insgemein die geistliche Tortur nennet. Uebrigens, wenn wir u) das Urtheil und die Vollstreckung desselben ansehen, so wird alles nach der alten Weise bewerckstelliget. Daher ist nicht genug, daß man dem Angeklagten das Urtheil in der Gerichts-Stube vorlieset: sondern der Verbrecher muß vor das hochnoth-peinliche Hals-Gerichte geladen werden. Und dieses nimmt der Richter an einem gewissen bestimmten Tage solemniter vor, und nachdem er mit seinen Schöppen gegenwärtig ist, so wird das hochnoth-peinliche Hals-Gerichte geheget. Darauf verrichtet der Blutschreier in Gegenwart des Uebelthäters entweder mit oder ohne Gerüffte sein Amt. Der Angeklagte wird nachhero wiederum über wenige Artickel vernommen, worinnen eigentlich desselben Unthat begriffen ist. Und wenn er dasselbe eingestehet, wie auch auf diesen seinen Bekäntniß vor den gehegten hochnoth-peinlichen Hals-Gericht beharret, oder dessen, wie Recht, überführet wird, so wird ihm sein Urtheil zu hören anbefohlen. Nach Verlesung desselben bricht der Richter den Stab, und übergiebt den Angeklagten dem Nachrichter, ihn zu binden, und auf die Richtstatt zu führen. Ehe nun das Hals-Gerichte geendet wird, pflegt der Nachrichter das sichere Geleite zu suchen, und ihn in Schutz zu nehmen zu bitten, falls ihm sein Amt nicht glücklich von statten gehen dürffte. Nach diesen schreiet der Gerichts-Frohne zu drei unterschiedenen malen: Hat jemand mehr vor diesen hochnothpeinlichen Halß-Gericht zu klagen, der mag es thun, sonst wollen die Herren das Gericht aufgeben. Erscheint nun niemand hierauf vor den Richter-Stuhl; so fragt er den untersten Schöppen: ob das hochnoth-peinliche Hals-Gericht aufzugeben sey? welcher alsdenn antwortet: Herr Richter, dieweil niemand mehr vorhanden ist, der auf dismal zu klagen bedacht, so möget ihr das hochnoth-peinliche Halß-Gericht aufgeben. Hierauf sagt endlich der Richter: So gebe ich dieses hochnoth-peinliche Halß-Gerichte auf, in Namen des Vaters, und des Sohnes, und des heil. Geistes, Amen! Und hiermit wird denn gemeiniglich nach umgeworffenen Tisch und Stühlen das Peinl. Halß-Gericht geendiget und aufgehoben.

E N D E.

Erſtes Regiſter
über die in den Juſtinianiſchen Inſtitutionen vorkommende Titel.

A.

De Acquiſitione per arrogationem III. 11
Actionibus IV. 6
Ademtione legatorum et translatione eorum II. 21
Adoptionibus I. 11
Aſſignatione liberorum III. 9
Attiliano tutore et eo, qui ex lege Iulia et Titia dabatur I. 20
Auctoritate tutorum et curatorum I. 21

B.

De Bonorum poſſeſſionibus III. 10

C.

De Capitis deminutione I. 16
Codicillis II. 25
Curatoribus I. 23

D.

De Diuiſione ſtipulationum III. 19
Donationibus II. 7
Duobus reis ſtipulandi et promittendi III. 17

E.

De Emtione et venditione III. 24
Eo, cui libertatis cauſſa bona addicuntur III. 12
Exceptionibus IV. 13
Excuſationibus tutorum et curatorum. I. 25
Exheredatione liberorum II. 13

F.

De Fideicommiſſariis hereditatibus et ad SCtum Trebellianum II. 23
De Fideiuſſoribus III. 21
Fiduciaria tutela I. 19

G.

De Gradibus cognationum III. 6

H.

De Heredibus inſtituendis II. 14
Hereditatibus, quae ab inteſtato deferuntur III. 1.
Heredum qualitate et differentia II. 19
His, qui ſui vel alieni iuris ſunt I. 8

I.

De Ingenuis I. 4
Iniuriis IV. 4
Inofficioſo teſtamento II. 18
Interdictis IV. 15
Inutilibus ſtipulationibus III. 20
Iis, per quos agere poſſumus IV. 10
Iure naturali, gentium et ciuili I. 2
Iure perſonarum I. 3
Iuſtitia et iure I. 1

L.

De Legatis II. 20
Lege Aquilia IV. 3
Lege Falcidia II. 22
Lege Fuſia Caninia tollenda I. 7
Legitima agnatorum ſucceſſione III. 2
Legitima agnatorum tutela I. 15
Legitima parentum tutela I. 18
Legitima patronorum tutela I. 17
Libertinis I. 5
Literarum obligationibus III. 22
Locatione et conductione III. 25

M.

De Mandato III. 27
Militari teſtamento II, 1

N.

De Noxalibus actionibus IV. 8
Nuptiis I. 10

O.

De Obligationibus III. 14
Obligationibus ex conſenſu III. 23
Obligationibus quae quaſi ex contractu naſcuntur III. 28
Obligationibus quae ex delicto naſcuntur IV. 1
Obligationibus quae quaſi ex delicto naſcuntur IV. 5
Officio iudicis IV. 17

P.

De Patria poteſtate I. 9
Perpetuis et temporalibus actionibus IV. 12
Per quas perſonas cuique acquiritur II. 9
Per quas perſonas nobis obligatio acquiritur III. 29
Poena temere litigantium IV. 16
Publicis iudiciis IV. 18
Pupillari ſubſtitutione. II. 16

Q.

Quibus alienare licet vel non II. 8
Quibus ex cauſſis manumittere non licet I. 6
Quibus modis ius patriae poteſtatis ſolvitur I. 12
Quibus modis re contrahitur obligatio. III. 15
Quibus modis teſtamenta infirmentur. II. 17
Quibus modis tollitur obligatio III. 30
Quibus modis tutela finitur I. 22
Quibus non eſt permiſſum facere teſtamentum II. 12
Qui teſtamento tutores dari poſſunt I. 14
Quod cum eo, qui in aliena poteſtate eſt, negotium eſſe dicitur IV. 7

R.

De Rebus corporalibus et incorporalibus II. 2
Replicationibus IV. 14
Rerum diuiſione et acquirendo ipſarum dominio II. 1

S.

De Satisdatione tutorum et curatorum I. 24
Satisdationibus IV. 11
Senatus conſulto Orphitiano III. 4
Senatus conſulto Tertulliano III. 3
Seruili cognatione IH. 7
Seruitutibus praediorum II. 3
Singulis rebus per fideicommiſſum relictis II. 24
Si quadrupes pauperiem feciſſe dicatur IV. 9
Societate III. 26
Stipulatione ſeruorum III. 18
Succeſſione cognatorum III. 5
Succeſſione libertorum III. 8
Succeſſionibus ſublatis, quae fiebant per bonorum venditiones, et ex ſenatus conſulto Claudiano III. 13
Suſpectis tutoribus vel curatoribus. I. 26

T.

De Teſtamentis ordinandis II. 10
Teſtamento militari II. 11
Tutelis I. 13

V.

De Verborum obligationibus III. 16
Vi bonorum raptorum IV. 2
Vſucapionibus et longi temporis praeſcriptione II. 6
Vſu et habitatione II. 5
Vſufructu II. 4
Vulgari ſubſtitutione II. 15

Zweites Regiſter
oder
Verzeichniß der vornämſten abgehandelten Sachen.

A.

Abfindung der Kinder. 201.
Ableugnung des verurſachten Schadens bewirckte eine doppelte Erſetzung. 799
Abmeſſer, der das Maaß eines Grundſtücks falſch angegeben hat. 860
Abrechnung, abrechnen können nur diejenigen, welche unter ſich zugleich Schuldner und Gläubiger ſind. 767
Abſentes reipublicae cauſſa. 286
Abſentia, Furor, Pupertas u. d. m. geben die Befugnis reſtitutionem in integrum zu ſuchen. 847
Abuti was es bedeute. 397
Abweſende werden in integrum reſtituiret. 846. derſelben Klage auf die reſtitution. 847
Acantbus wurde von den Chalcidenſiſchen aber nicht von den Anuiſchen Abgeſandten rechtmäßiger weiſe in Beſitz genommen. 339. ſq.
Acceptilatio, 764. 772. ſqq.
Acceſſio. 338. 350. naturalis 351. 356. ſqq. induſtrialis et mixta. 351. 362
Acceſſorium läßt ein pretium adfectionis zu. 356
Accuſatio quaſi publica wird crimen ſuſpecti genennet. 301
Accuſationes criminales ordinariae vicennariae ſunt. 914. S. Anklagen in peinlichen Sachen.
Acht und Oberacht. 956. ſq.
Acker oder deſſen Saat, woran fremdes Vieh Schaden gethan hat. 897. 900. ſqq.
Acquiriren kan man nicht nur ſelbſt, ſondern auch per alios 449 450 ſqq. aber per extraneos nicht anders, als per procuratorem oder mandatarium. 457. ſq.
Actio ad exhibendum. 357. 839
— ad id, quod intereſt. 840
— aedilitia. 898
— albi corrupti. 858
— communi diuidundo. 730. 754
— confeſſoria. 831. ſq.
— de agnoſcendo et alendo partu. 837.

Actio de distrahendis rationibus. 860
— de dolo malo. 842. sq. 914. kan in Teutschen Gerichten nicht leicht angebracht werden. 843. wie sie lauten müsse im Fall sie angebracht wird. 844
— de edendo. 841
— de in rem verso. 887. vtilis. 888
— de pastu pecorum. 897
— de pauperie. 895. sq.
— de peculio. 886
— depositi. 854. miserabilis, de legatis ad pias causas. 861
— de seruitute promissa, nondum quasi tradita. 913
— de seruo corrupto. 859
— de syndicatu. 814
— emti, venditi, locati, conducti, emphyteuticaria, pro socio, mandati, in factum oder praescriptis verbis. 855
— ex stipulatu. 654
— familiae erciscundae. 752. sq. 754
— funeraria. 857
— furti findet unter wircklichen Ehegatten nicht statt. 781. furti manifesti, und actio vi bonorum raptorum sind von einander unterschieden. 793. desgleichen auch condictio furtiua. 788
— hypothecaria wird binnen vierzig Jahren praescribiret, wenn der Schuldner die Sache selbst besitzet. 425. 912. in welchen Fall sie nicht statt finde. 640
— in factum de calumniatoribus. 859
— — de dolo ist rathsamer anzustellen, als actio doli. 843. in derselben enthält man sich ehrenrühriger Worte. 844
Actio in factum de recepto. 856
— — wider den Aussprecher eines unbilligen Urtheils. 858
— — wider diejenigen, welche eine Person aus des Klägers Händen entrissen hatten, die vor den Praetorem geführet werden solte. 859
— — wider den, welcher durch eine traurige Bothschaft jemanden vor Gerichte zu gehen gehindert hatte. ibid.
— — wider die quasi delicta, führet unterschiedene Beinamen. 860
— — wider einen Abmesser, welcher das Maaß von einem Grundstück falsch angegeben hatte. 860
— — wider den Verbrecher, der dem Urtheil des Richters keine Folge geleistet hatte. 858 sq.
— Iniuriarum ist fünferley. 805. kan in vier Fällen nicht angestellet werden. 810
— institoria und exercitoria. 883. sq. beide Klagen gehen in Holland wider einen jeden Principal nur pro rata, wenn nemlich mehrere einen Factor bestellet haben. 884
— iudicati wider die procuratores fällt bei uns hinweg. 907
— — gründet sich auf kein ius in re, wohl aber in personam. 939
— Legis Aquiliae wenn sie statt habe. 796. war dreierlei. 800
— Locati erstreckt sich allein auf operas illiberales. 860
— mixtae naturae. 753

Actio mutui. 854
— negatoria. 832
— negotiorum geſtorum, tutelae, familiae erciſcundae, communi diuidundo, perſonalis ex teſtamento. 856
— Paulliana 448. 833. ſq. wird nur wider betrügeriſche Leute angeſtellet. 835
— perſonalis ex teſtamento. 755
— popularis. 940
— praeiudicialis bezieht ſich nach den Röm. Recht vornämlich auf zwei Fälle. 836. ſq.
— pro ſocio und communi diuidundo. 730. pro ſocio kan von den correis angeſtellet werden. 658
— Publiciana. 828 ſq.
— quaſi Seruiana. 852
— quod iuſſu. 881 ſq.
— quod metus cauſſa. 842
— rerum amotarum. 860
— reſciſſoria. 846
— ſequeſtraria. 640
— Seruiana et quaſi Seruiana. 640. 833
— tributoria. 885
— tutelae directa infamiret. 256
— tutelae, de ſuſpectis tutoribus und de rationibus diſtrahendis. 254 ſq.
Actiones. 820 ſqq. welche aus den Contractibus entſpringen. 627 ſq.
— bonae fidei, ſtricti iuris und arbitrariae. 863
— ciuiles et praetoriae ſind unterſchiedener Art. 821
— ciuiles werden unterweilen praetoriae genennet. 914
— commodati. 635
— depoſiti. 639 ſq.
— emphyteuticariae. 720
Actiones emti und venditi. 695 ſqq.
— exercitoria und inſtitoria. 882. wie ſie einzurichten ſind. 884 ſq.
— Fauiana und Caluiſiana. 848 ſq.
— Iniuriarum giebt es fünferlei. 805 ſq.
— in rem ſcriptae. 839
— in rem, ſi alter vſucapiat, tamdiu durant, quamdiu ipſum ius in re, ex quo oriuntur. 912
— legis und actus legitimi. 902
— mixtae. 861
— negotiorum geſtorum. 747 ſq.
— noxales. 893 ſqq.
— perpetuae. 913. et temporales, et qui ad heredes et in heredes transeunt. 911
— perſonales, woher ſie entſtehen. 839
— perſonales, rei perſequutoriae, ciuiles et praetoriae ſunt perpetuae et durant annos triginta. 913
— pignoratitiae. 643. ſq.
— poenales. 861. ſqq. haben in Teutſchen Rechten keinen Nutzen. 863. ex delictis priuatis ciuiles perpetuae, praetoriae annales ſunt. 913
— — ſiue ex delicto, ſiue ex contractu, heredibus quidem, ſed non contra heredes dantur, niſi ab ipſis delinquentibus conteſtatae ſint. 916
— populares haben bei den Teutſchen keine ſtatt gefunden. 819
— praeiudiciales ſind Real-Klagen. 835
— reales worinnen ſie beſtehen. 822
— — und perſonales, rei perſequutoriae, perſonales, und mixtae. 821 ſq.
— rei perſequutoriae. 860 ſq.

Actiones rei perſequutoriae et poenales heredibus quoque dantur, niſi vel ad meram vindictam comparatae ſint, vel actoris ſpeciatim non interſit 914
— — etiam ſi ex delicto ſint, aduerſus heredes dantur. 915
— ſtricti iuris et bonae fidei ſind bei vorgegangener Boßheit wohl zu unterſcheiden. 842
— tutelae 751. tutelae vtiles. ibid. ſind von andern Vormundſchafts-Klagen zu unterſcheiden. 752
— vtiles, welche eigentlich dieſen Namen führen. 752
— welche wegen einer donationis mortis cauſſa anzuſtellen ſeynd. 435
Actor, welcher als Mandatarius eines Vormundes und Curatoris angeſehen wird. 266
Actus. 391. legitimi. 74. 902
Addictio voluntaria in ſeruitutem. 92
Adeſpota werden heutigs Tages dem Landes-Herrn zugeeignet. 347
Aditio hereditatis. 535. 539. ſollemnis iſt bey den Teutſchen nicht gebräuchlich. 548
Adiunctio. 356
Adnotatio et ſubnotatio. 56
Adoptio. 164. ſqq. imitatur naturam. 165. ſtricte dicta. 171. ſq. was für ein Unterſcheid dabey zu mercken ſey. 184. ſq. minus plena. 185. per teſtamentum. 186. eius finis. 166
Adoptiones bei den Jüden. 173
— kommen in Teutſchland ſelten vor. 187
Adoptiret werden konnten diejenigen Kinder nicht, welche man mit einer Beiſchläfferin erzielet hatte. 183
Adoptiui überkommen den Namen des adoptantis, 171. ſuccediren nur den adgnatis. 607
Adquirendi modi ciuiles und naturales vniuerſales. 409. und ſingulares. 549 ſq.
Adrogari poſſunt impuberes. 170
Adrogatio et adoptio im eigentlichen Verſtande. 167 ſqq.
— ertheilt die iura adgnationis aber nicht cognatiois. 171
Adrogationis requiſita. 169
Adſertor. 836. 903
Adulterium. 943. ſq.
Advocat darf keinen angeklagten Landes-Verräther bedient ſeyn. 941
Aduocati und procuratores. 907
Aechtung abweſender Uebelthäter iſt noch in Sachſen gebräuchlich. 961
Aedificatio. 357 ſqq.
Aediles curules. 65
Aediles muſten zu Rom auf die Sicherheit der Straſſen acht haben. 898
Aerarium, fiſcus und patrimonium principis ſind unterſchieden. 284 ſqq.
After-Einſetzung iſt mancherlei. 517. S. *Subſtitutio*.
Agere per quos poſſumus. 902
— und conquiri, desgleichen actio und querela ſind unterſchieden. 531
Agnati et cognati. 171
— gentiles, cognati. 220. ſqq.
— ſuccediren, wenn keine filiifamilias vorhanden ſind. 596

Agri Emphyteuticarii. 714. Vectigales 713 ſq.

Ahndungs-Recht oder Vindiciae. 827

Allodial-Güter wurden bei den Teutſchen in ſubſidium auch an die Töchter vererbt. 610

Alluuio und vis fluminis. 352 ſq.

Altar und Statue des Keiſers dienten den Knechten zu einer Zuflucht. 123

Alter eines Menſchen wird in zweifelhaften Fällen auf hundert Jahr gerechnet, und vierfach eingetheilet. 265

Alueus derelictus 355. ſq. eius mutatio et inundatio. 354

Alumnus ob er ein filius adoptiuus. 165. wer eigentlich unter dieſer Benennung zu verſtehen ſey. 117. kan nicht ab inteſtato erben. 187

Amor deſcendit, aſcendit, aut ad latus diuergit. 597

Anklage in peinlichen Sachen war in Teutſchen Rechten viererlei. 952. komt heutiges Tages in Teutſchen Gerichten ſelten vor. 951. wird aber mit Geſchrei und Gerüffte vorgetragen. 960. konte nur von Leuten angebracht werden, die guten Glimpff und Leimund hatten. 952

Anklagen, welche peinlich genennet werden. 939 ſqq.

Ankläger unſchuldiger Leute wurden mit ſchwerer Geld-Straffe beleget 952. wenn es ihnen an Bürgen fehlte, muſten ſie in bürgerlichen Gehorſam gehen. 955

Annulorum aureorum ius. 108

Annus vacationis. 286

Anteſtari. 193

Antiquitates Romanae ſind bey dieſem Collegio zu wiſſen nöthig. 2

Antonius hat unter den Römern zuerſt zwei Weiber genommen. 136

Anverwandten waren bei den alten Griechen von der Vormundſchaft ausgeſchloſſen. 218. wenn ſie tutelam legitimam zu übernehmen haben. 219. welche näher ſind, ſchlieſſen die andern vom Erbe aus. 607. weiblichen Geſchlechts bekommen die Gerade, und die männlichen Geſchlechts das Heergewette. 616

Anwalt vor Gerichten. 904

Anweiſung. 771. iſt von der ceſſione unterſchieden. 772

Apocha vel publica vel priuata. 681

Apoſtatae und haeretici können nicht zu Erben eingeſetzet werden. 508

Aquaeductus. 392 ſq.

Aquae et ignis interdictio von wem ſie eingeführet ſey. 229

Aquaehauſtus. 392

Argentarius. 681

As heredicatis. 504. 510 ſq.

Aſſaſſinator, Aſſaſſinus ſind unterſchieden. 947

Aſſignation, delegatio, Anweiſung. 771 ſq.

Auctoritas, Urſchrifft, Original wird der Copel billig vorgezogen. 23

— tutorum. 242 ſqq. wird bei Schlieſſung eines Handels mit den Unmündigen erfordert, wenn er giltig ſeyn ſoll. 244 ſq.

Auctoritate tutoris opus eſt, quoties dete-

deterior ſieri poteſt pupilli conditio. 245
Aufgeboth und prieſterliche Einſegnung. 139
Auflaſſung oder Verzicht geſchiehet gerichtlich. 370
Aufnehmer der Haabſeeligkeiten werden gar füglich ex quaſi contractu belanget. 818
Aufnehmung an Kindes ſtatt. 164. ſqq. iſt keinem Weibe erlaubt. 165. ſq. Siehe *Adoptio*.
Auguſtus, der Kaiſer, war den Rechtsgelehrten gewogen um ſeines eigenen Nutzens willen. 72. ſchränckte die Gewalt der Herren über die Knechte ratione iuris vitae et necis ſehr ein. 124
Aurum oblatitium. 429
Ausgeben ſeine Töchter. 199
Authenticae. 20

B.

Baares Geld muß creditiret ſeyn, wenn exceptio SCti Macedoniani ſtatt finden ſoll. 892
Baldus hat Bartolum wegen ſeiner ſtrengen Meinung für einen Höllenbrand gehalten. 942
Barbierer ſchoren den Leuten die Bärthe zu Rom auf öffentlicher Straſſen ab. 796
Bäume, welche in confinio ſtehen. 363 ſq.
Bauren ſind gemeiniglich unter der Gerichtbarkeit desjenigen Herrn geblieben, deſſen Knechte ſie vormahls geweſen ſind. 935
Bediente werden um ihrer Verbrechen willen ſelbſt beſtrafft. 894
Bedingung wird auf die Zeit zurück gedeutet, da ihrer zuerſt gedacht wurde. 762. mit welcher jemand zu Erben eingeſetzet wird. 513
Begräbniß und Vorbereitung zum Tode wurde den Uebelthätern bei den Teutſchen nicht allezeit geſtattet. 959
Beiſchläfferin war bei den Römern, wenn ſie auch von einem Ehemanne gebrauchet wurde, keine Ehebrecherin. 943
Beklagter hat in unſern Gerichten mehr Rückenhalt, als der Kläger, und iſt daher von der Caution frei, auſſer in wenig Fällen. 910. wird wegen ſeiner exception als Kläger angeſehen, und muß das letzte Wort haben. 920. iſt bei der Spolien-Klage ſehr übel daran. 925
Beneficium abſtinendi, repudiatio hereditatis, immixtio, pro herede geſtio werden heut zu Tage nicht unterſchieden. 547 ſq.
— competentiae. 726. inter ſocios. 733
— diuiſionis. 672
— excuſſionis. 673. und diuiſionis iſt in allen Teutſchen Rechten nebſt dem beneficio ordinis nicht bekant. 675. kommt dem poſſeſſori tertio zu gute aber nicht ſchlechterdings. 643
— cedendarum actionum. 673 ſq. inter correos. 657
— inuentarii. 542 ſq.
— ordinis hat ein Bürge. 669
Bertoldus Hertzog von Zähringen, wie er ſeine Söhne verloren habe. 676

Beſchimpffung erfordert eine vorſetzliche Boßheit. 803. geſchiehet entweder directe oder indirecte. 805. thätige, war bei den Römern mancherlei, wie bei den Teutſchen und andern Völkern. 803

Beſchlagung der Decke bei den Teutſchen. 139

Beſitz iſt der Grund der interdictorum. 920. und befreiet von dem Beweis, daß man die Sache iuſto titulo an ſich gebracht habe. 921

Beſitzer unbeweglicher Güter haben auch juratoriſche Caution beſtellen müſſen. 908

— der in mala fide iſt, kan innerhalb dreißig Jahren belanget werden. 912

Beſtechen mit Gelde iſt mit Unterſcheid anzuſehen. 859

Beſtiae ferae, manſuetae, manſuefactae. 341 ſq.

Beute gehöret demjenigen zu auf deſſen Koſten der Krieg geführet wird. 345

Bezahlen muß man alles, was man ſchuldig iſt. 765. ſo weit nemlich die Forderung liquid iſt. 766

Blutſchande. 944 ſq.

Blutſchreier. 960. verrichtet in Gegenwart des Uebelthäters ſein Amt. 967.

Bluts-Freundſchafft und Schwägerſchafft hindern an der Ehe. 142. ſqq.

Bona fides. 414 ſq.

Bona publica waren dreierlei Art. 284

Bonus in iure quilib etpraeſumitur, donec probetur contrarium. 745

Braut bei den Römern wenn ſie ante concubitum ſtarb. 139

— welche geſchimpffet iſt, giebt unterſchiedenen Perſonen Gelegenheit, ſich deshalb zu beklagen. 805

— und Bräutigam wurden an ihren Hochzeit-Tage bei den Römern beſchencket 430

Brüder und Schweſtern, wie ſie von einander erben. 605. desgleichen Brüder- und Schweſter-Kinder. 606

— bei den Sachſen, wie ſie ſich in die Erbſchafft theilen. 613. 619

Bruder der ein Geiſtlicher war, theilte die Erbſchafft mit ſeiner Schweſter. 614

Bubenſtück, woran ihrer viele Theil nehmen, wie es gerochen werde. 801 ſq.

Bücher des Corporis iuris, wie ſie einander in Anſehung der Giltigkeit vorgezogen werden müſſen. 21 ſq.

— welche bei dieſen Collegio nachzuleſen ſind. 2

— welche Iuſtinianus hat zuſammen tragen laſſen. 9

— welche nicht verkauft werden dürffen. 690

Bürgen und Bürgſchafft. 668 ſqq.

— haben das beneficium ordinis. 669

— ſoll man würgen. 675

— was ſie für rechtliche Wohlthaten haben. 672 ſqq.

— werden in Verbrechen nicht zugelaſſen, wenn Leib- und Lebens-Straffe zu befürchten iſt. 671. 961

Bürgen, durch welche fideiuſſoriſche Caution beſtellet wird. 908
— eines Angeklagten, welchen ſie nicht ausliefern mochten, muſten an ſich dieſelbe Straffe vollziehen laſſen, oder das Wehrgeld oder Geld-Straffe erlegen. 955
Bürger zu Rom konten mit keinem Supplicio capitali beleget werden. 227
— wurden angelocket, ſich zu verheurathen. 280
Bürger-Recht der Römer, wie man deſſen verluſtig worden ſey. 227 ſq.
Bürgſchaft was ſie wircke. 671. ſq. dieſelbe zu übernehmen, wem ſolches erlaubt und nicht erlaubt ſey. 669. ſq.
Burgfriedens-Verletzung, vergröſſerte die Straffe des Printzen-Raubes des von **Kauffungen**. 950

C.

Caeſar, Iulius, bemühete ſich die Römiſche Republik mit Bürgern anzufüllen. 280. ſq. wollte viel Weiber einem Manne heurathen laſſen. 136
Caius, hat nicht über das gantze edictum perpetuum geſchrieben. 70
Caligula, der Keiſer, wollte die Juriſten vertilgen. 72
Calumnia. 859
Cammer-Richer und Beiſitzer, ſollen nach eines jeden Fürſtenthums und Herrſchafft Herkommen und Gebräuchen ſprechen. 24. 77
Canon und Merces, ſind von einander unterſchieden. 716
Caput, was es bei den Römern bedeutete. 224
— liberum homo ſui iuris. 204
Capitis, deminutio maxima, media und minima. 225. 227. 229. ſq.
— media et maxima hebet iura cognationis auf. 223
— media hinderte habitationem zu Rom keinesweges. 407
Caſſen-Bediente und Rendanten begehen an den eincaſſirten Geldern ein furtum vſus. 784
— Diebe. 950
Caſus vnicus, da der Beſitzer in rem agiren kan. 822. ſq.
— wenn er gut gethan werden müſſe. 629
Cauſſa, gignens magis adficitur erga genitum, quam genitus erga gignentem. 597
— liberalis. 836
— perpetua, wurde bei den Römern ad ſeruitutem erfordert. 381
Cautio, was und wie vielerlei ſie ſey. 908
— praetoria und iudicialis ſind unterſchieden. 662
— durch Bürgen wird fideiuſſoriſch genennet. 270. wie ſie bei den Teutſchen beſtellet werde. 275
— iuratoria und pignoratitia. 270
— muciana. 514. 653
— de iudicio ſiſti, iudicatum ſolui, de rato. 909
— de expenſis litis reſtituendis, de reconuentione. 910
— rem pupilli ſaluam fore. 662. de rato. ibid.

Cautiones,

Cautiones, fallen bei uns mehrentheils hinweg. 663
Cenſus, bei den Römern war ein herrliches inſtitutum. 100
Cera prima et ima. 504
Charta deletitia. 473. ἐπισθόγραφος. ibid.
Childericus, wie er ſeine Gemahlin hat verlaſſen müſſen. 153
Chriſtenthums, Einführung in Teutſchland hat in Anſehung der Knechte groſſe Veränderung veranlaſſet. 935
Churfürſten, werden im achtzehenden Jahre maiorennes. 227
Cicero, hat ein Corpus iuris ſchreiben wollen. 4. deſſen Klage über das elende Juſtiz-Weſen zu Rom. 828
Ciues temporarii, ſind an die Geſätze des Landes, wo ſie ſich aufhalten, gebunden. 79
Ciuitatis iura, wie ſie verloren gegangen ſind. 190
Claudius, der Keiſer ſchützte die kranken Knechte. 124. hat die Weiber beſtraffet, welche ſich mit den Knechten gemein machten. 227
Clauſula codicillaris. 594. ſq.
Clinici. 290
Codex repetitae praelectionis. 18. Theodoſianus. 9. 11. ſq.
Codices, Iuſtinianus, Gregorianus, Hermogenianus und Theodoſianus. 9. ſq.
Codicilli. 590. ſqq. deren Urſprung. 591. Erklärung 592. Eintheilung. 593. und Iura. 593. ſq.
Cognati ſuccedirten iure ciuili nicht, aber wohl iure praetorio. 596
Cognatio ciuilis. 154. ſpiritualis. 153
Collactaneus. 117
Colonus. 704
Color querelae inofficioſi teſtamenti. 531
Columna lactaria. 138
Comitia calata, wurden des Jahrs zweimal angeſtellet. 460
— wurden von dem Campo Martio, auf das Rathhaus verleget. 53
Commiß-Fahrer und Capers haben das Recht Beute zu machen. 345
de Commiſſie. 882
Commixtio und Confuſio. 361. ſq.
Commodatum. 633. ſqq. bei den Teutſchen. 645. ſq.
Compenſatio. 764. 767
Compenſationis exceptio, kan vom depoſitario nicht eingewendet werden. 639
Concuſſio und rapina ſind unterſchieden. 792
Condictio certi ex mutuo. 632. 854
— vel incerti ex ſtipulatu. 855
— ex chirographo. 600. 855
— ex iure congrui, retractu gentilitio, Euangelio. 850
— ex lege kan wider den donantem inter viuos angeſtellet werden. 435. 849
— ex moribus, ex canone. 849
Condictio indebiti. 856. gründet ſich unter andern auf ignorantiam facti, aber nicht auf ignorantiam iuris. 756. iſt von andern condictionibus merklich unterſchieden. 759. ſq. Fälle da ſie nicht ſtatt findet. 760. ſq.
— ob turpem cauſſam. 859

Condictio ſine cauſſa. 847. wie ſie eigentlich vor Gerichten angebracht werde. 848
— — und cauſſa data cauſſa non ſequuta. 680. ſq.
Condictiones und vindicationes ſind unterſchieden. 839
Conditio quid ſit et quotuplex. 513. ſq. melior et deterior. 245. ſq.
Conductor. 704
Confirmare tutorem, was es bei den Romern und bei den Teutſchen bedeute. 214. 215.
Confuſio. 764. 768
Conſecratio et religio geben denen Dingen im iure canonico beſondere Rechte. 318. ſq.
Conſenſus bei den Contrakten iſt unterſchiedlich. 625
— tacitus und praeſumtus ſind unterſchieden. 744
Conſtantinus Magnus ſoll Vorhabens geweſen ſeyn, ein corpus iuris ciuilis zuſammen zu tragen. 4. hat armen Eltern zu Erziehung ihrer Kinder Hülffe geleiſtet. 134
Conſtituta pecunia. 852. wie deshalb die Klage abzufaſſen ſey. 853
Conſtitutiones nouellae. 19
— principum. 54. ſqq.
Conſtitutum und Fideiuſſio ſind unterſchieden. 669
— und Klage deswegen 853
Conſuetudo muß bewieſen werden. 76
— derogat legibus, easque tollit. 77
— rectae rationi repugnans nullius eſt momenti. 78
Contractus und pactum werden unterſchieden. 623. ſq.
Contractus Mohatra. 892
— emphyteuſeos, worin er beſtehe. 715
— pignoris, was er nütze. 641
— ſocidae 703
— cauſſae veranlaſſen eine vierfache Abtheilung der Contrakte. 626
Contractus werden eingetheilet. 625. wie ſie verlöſchen und aufgehoben werden. 764. ſq. werden unterſchiedlich benennet. 851
— bonae fidei ſind allein in den Teutſchen Rechten gegründet. 843
— conſenſuales. 684. 855
— infamantes. 628. 931
— nominati 854. innominati. 855. ſq.
— reales, verbales, litterales, conſenſuales. 626. ſq.
— reales. 630. ſqq. bei den Teutſchen. 644. ſqq.
— veri, wie ſie eingetheilet werden. 626
— vnilaterales und bilaterales. 627
Contutores müſſen ihren contutoribus Caution beſtellen. 274
Conuentio und reconuentio. Haupt- und Neben-Klage werden füglich ſimultance tractiret. 910
— was ſie ſey, und wie ſie eingetheilet werde. 623. ſq.
Conuiuium war eine Art, die Knechte frei zu laſſen. 104
Corpora ſeu Collegia licita et illicita. 508
Corpus delicti muß bei den delictis permanentibus verhanden ſeyn. 960
Corpus iuris. 2. ſqq. enthält Bücher, welche in foro nicht giltig ſind. 21

Correi, was sie für eine action anzustellen haben. 658
Corrumpere, was es heisse. 859
Creditor muß sich nach den Umständen des Schuldners erkundigen. 891
Creditorum concursus, wenn der Schuldner das seine zu derselben Nachtheil veräussert hat. 834
Cretio hereditatis ist mit der aditione allezeit verknüpft gewesen, und war vel vulgaris, vel continua. 538. sq.
Crimen expilatae hereditatis. 781
— falsi wird auf unterschiedene Art begangen. 948
— laesae maiestatis. 941
— peculatus begehet der Soldat, welcher die Beute für sich behält. 345
— peculatus und delicta carnis verstatten eine Anklage auf fünf Jahr. 914
— perduellionis. 941
— publica und extraordinaria. 940. da werden eigentlich zwölffe erzehlet. 941
Crimen repetundarum, ambitus, annonae, residuae. 951
— suspecti. 299. sq. wie man dabei verfahren müsse, und was des verdächtigen Vormundes Straffe sey. 303. sqq.
Culpa und dolus sind unterschieden. 628
— leuis in concreto. 726
— wird eingetheilet, und muß gut gethan werden. 629. sq.
Culparum praestatio bei den Teutschen. 647
Curatel 203. 257. hat mit der Tutel vieles gemein 296
Curatela, wie vielerlei sie sey. 259. wie sie sich endige. 264. sq.
— minorum ist eigentlich aus dem edicto Praetoris herzuleiten. 263
— Prodigorum. 260. sq.
Curator bonorum, der actionem Pauliianam anstellet. 834
— konnte in Rom in keinem Testament ernennet werden. 259. sq.
— und Tutor sind unterschieden. 207
Curatores. 257. sqq. dantur minoribus. 261. sq. quis constituat. 264. mit was für einer Klage sie belanget werden. 265. werden in Sachsen, und wo Sächsisch Recht gilt, auch den Weibs-Personen bestellet. 258

D.

Damnum contra naturam generis. 895
— iniuria datum. 795. sqq.
— resarciendum bei den contractibus. 628
Datio in solutum. 765
Debitum liquidum 766
Decisiones Iustiniani quinquaginta, warum man sie gemacht, wer sie entworffen, und wo sie zu finden sind. 15
Decke, muß in Teutschland bei Schliessung einer Ehe beschlagen werden. 139
Decreta. 56. 58
Decuriones. 161
Dedititii. 197
Defensio wird einem jeden peinlich Angeklagten verstattet, wenn er nur kein

kein Majestäts-Schänder oder Landes-Verräther ist. 961
Defensor wurde nur für den Beklagten zugelassen. 904
Degen, wird bei dem Ritterschlag, wie vor Zeiten bei der Freilassung, gebraucht. 103. wurde den seruis nobilibus, und noch heut zu Tage den Pagen gegeben. ibid.
Delegatio und Cessio sind unterschieden. 772
Delictum, was es sey. 776. sq. ist entweder publicum oder priuatum, verum oder quasi delictum. 777. sqq.
— publicum est vel ordinarium vel extraordinarium. 778
— verum et quasi delictum. 858
Delicta carnis. 943
— priuata, und die daraus entspringenden Klagen. 858
— publica und priuata sind unterschieden. 939. sq.
— vera, wie auch Gefährde und Schalckheit infamiren. 931
Delinquent muß die Straffe absitzen, oder abverdienen. 93
Denck-Zettul geben. 370
Demensum seruorum. 123
Deminutio capitis. 224. media soll mit der Acht und Ober-Acht eine Aehnlichkeit haben. 230. S. *Capitis deminutio.*
Denunciatio veranlasset den Inquisitions-Proceß an statt der peinlichen Anklage. 951
— findet sich in den Teutschen Rechten an statt der actionum popularium. 819
— Euangelica. 850
Depositum. 636. sqq. bei den Teutschen. 648. simplex und miserabile. 638
Deprecatio christiana. 809. sq.
Diebe, die beständig gestohlen haben, können keine Anklagen verjähren. 914
— können ciuiliter und criminaliter belanget werden. 787. sq.
— welche bei der That umgebracht, oder nicht umgebracht werden können 787
— welche criminaliter bestraffet wurden, und worinnen die Straffe bestanden habe 788
Diebstahl, was und wie vielerlei er in den Römischen Rechten sey. 779. sqq. wenn er nicht bestraffet werden könne. 780. wird in Teutschen Rechten gantz anders angesehen, als in den Römischen. 783. sqq. 789. sqq. welcher ohne Gewaltthätigkeit verübet wird. 790
Dienstbarkeit bestehet in patiendo vel non faciendo. 379. 382. S. *Seruitus.*
— einer Sache. 378
Dienstbothen werden wegen ihrer Verbrechen nach Teutschen Rechten selbst belanget und bestraffet. 894
Dienst-Gerechtigkeiten geben Gelegenheit zu zweierlei Klagen. 831. der Teutschen bestunden auch in faciendo, und sahen nicht, ob derselben cauſſa perpetua sey. 382
Dies lustrici. 429
Διεξοδικῶς Knechte freilassen. 120
Diffamant, Diffamat. 838

Digesta oder Pandectae, deren Benennung und Verfasser. 13
Directarius. 779
Dissensus mutuus. 764. 774. sq.
Divisionis beneficium, inter correos. 657. sq.
Doktor-Würde, ob sie von der väterlichen Gewalt befreie. 198
Dolus wird erkläret. 628. sq. wird unterschieden. 688. bei welchen Personen er nicht zu finden sey. 792. bonus et malus. 115
— nemini patrocinatur. 891
Dominium. 332
— acquirendi modus muß nicht mit dem titulo vermenget werden. 334. sqq.
— acquirendi modus derivatiuus. 368
— acquirendi modi. 336. sqq.
— plenum vel minus plenum, directum vel vtile 333. sq.
— Quiritarium vel bonitarium seu naturale. ibid.
— rerum. 329. sqq.
— vtile ist von dem vsufructu unterschieden. 347
— verum et ius dominio proximum vel quasi dominium. 334
Dominii minus pleni species. ibid.
Dominia rerum müssen certa seyn. 412
Dominus litis. 903
Donatarius klaget wider den donatorem, den die donation gereuet. 849
Donatio. 426. sqq. inofficiosa. 436. inter viuos. 430. inter viuos et mortis causa. 434. sq. mortis causa. 430. propter nuptias. 438. sqq.
— inter viuos, in welchen Fällen sie widerruffen werden konne. 436. sq. läst quartam Falcidiam nicht abziehen. 579
— über 500 Solidos ist nur alsdenn giltig, wenn sie gerichtlich geschehen ist. 434. 436
Donator fordert seine Schenckung wieder zurück. condictione ex lege. 850
Donum und munus, ein Geschenck, sind unterschieden. 428
Dormitatores. 786
Dos praelegata. 559
Dotis dictio. 649. sq.
— illatio, in welchen Fall sie nicht darf erwiesen werden. 560
Draco zu Athen ließ sich wegen des Ehebruchs seines Sohnes ein Auge ausreissen. 132
Dreißigste Tag nach dem Tode eines Erblassers ist merckwürdig. 549
Duplici, Triplic, Quadruplic. 919

E.

Edelmann in Teutschland hat die Gerichtbarkeit nebst seinem adelichen Gute dem Landes-Herrn zu Lehen aufgetragen. 936
— welcher jemand adoptirt, der nicht seines Standes ist, ertheilt dem adoptiuo keine iura nobilitatis 171
Edictum aedilitium wegen der Wilden Thiere. 898
— perpetuum, zu welcher Zeit es zu Stande gekommen sey. 68. wer es zusammen tragen lassen. ibid. hat in grossem Ansehen gestanden. 69. würde vortreflichen Nutzen haben, wenn es wiederum ergäntzet werden könnte. 70

Edicta. 57. 59. magiſtratuum. 63. heiſſen ius honorarium. 68. 821. perpetua, waren Proceß-Ordnungen. 64. prouincialia. 67
Effeſtucatio. 371. ſq.
Effuſa er dejecta. 814. ſq.
Ehe bei den Canoniſten. 137. bei den Proteſtanten. 139
— welche in Anſehung der Perſonen ungleich iſt. 87
— wird durch gewiſſe Regeln verboten. 150. ſqq.
— wird durch Bluts-Freundſchafft und nahe Schwägerſchafft verhindert. 142. ſqq.
— worein die Eltern nicht gewilliget haben, kan getrennet werden. ibid. S. *Nuptiae.*
Ehebrecherin war bei den Römern allemal eine Ehefrau. 943
Ehebrecher und Ehebrecherin können einander nicht zum Erben einſetzen. 510
Ehebruch. 943. ſqq. wurde zu erſt von Conſtantino Magno mit dem Schwerd geſtraffet. 944. kan an unterſchiedenen Orten mit Gelde gebüſſet werden. 944
Ehefrau kan ihre Gerade verſchencken. 440
Ehe-Geſätze überſchreiten wird beſtraffet. 156
Eheleute können einander nichts von Wichtigkeit ſchencken. 432. 438. wie ſie einander ſuccediren. 607. ſq. wie ſie einander bei den Teutſchen erben. 617
Eheleuten bei den Jüden wurde annus vacationis geſtattet. 286
Ehemann iſt an vielen Orten in Teutſchland ehelicher Vormund ſeiner Frauen. 295
— kan fundum dotalem nicht ſchlechterdings veräuſſern. 447
— der Ehebrecherin hat das Recht, eigenmächtige Rachbegierde an den Ehebrecher auszulaſſen. 944
Ehe-Sachen der Römer. 138. der Römiſch-Catholiſchen und Proteſtanten, wornach man ſie zu entſcheiden habe. 139
Ehe-Voigt, Ehelicher Vormund der Frauen. 199
Ehre kan uns von keiner Privat-Perſon geraubet werden. 812
Eid, welchen der Beklagte ad exhibendum abſtatten muß. 84
— vor Gefährde. 929. darf von Eltern, Vorgeſetzten, Lehens-Herren, u. d. gl. nicht abgeleget werden. 930
— iſt von den Erben abzuſchwören, oder ſie müſſen das fideicommiſſum heraus geben. 590
Eidſchwüre haben durch das ius canonicum neue Verbindlichkeit erhalten. 849
Eiferſucht und Rachbegierde iſt bei dem Ehebruch in Anſehung des Vaters und des Mannes einiger maſſen erlaubet. 944
Eigenbehörige Leute zeugen ihres gleichen. 91. 92. ſind der Teutſchen Knechte. 90
Eigenthums-Herren, welche das ihrige nicht ſelbſt verwalten, können auch keine procuratores machen. 904

Eigenthums-Recht, oder dominium, worinnen es beſtehe. 332. muß bei der rei vindication erwieſen werden. 828

— über die verkaufte Sache überkommt ein Käuffer erſt nach geſchehener Bezahlung, auſſer wenn der Verkäuffer ihm creditiret hat. 374

— wird durch richterliche Sententz an keiner Sache erhalten, bis der Widerſacher ſolche ausgeantwortet hat, die drei iudicia diuiſoria ausgenommen 939

Einkindſchafft. 187. ſq.

Einlager, Einritt. 676. ſqq.

Einſegnung, prieſterliche, iſt nöthig. 139. und legitimiret Mantel-Kinder. 161

Einſetzung zum Erben 504

Einwilligung zu Schlieſſung einer Ehe, wird von unterſchiedenen Perſonen erfordert. 142

Eltern, welche arm waren, bekamen zur Erziehung ihrer Kinder Keiſerlichen Zuſchub. 134

— Einwilligung in die Verheurathung der Kinder iſt nöthig. 141. ſq.

— Erben von ihren Kindern. 603. ſqq.

— wie ſie liberis legitimatis, adoptiuis und illegitimis ſuccediren. 604. ſq.

Emancipatio iſt dreierlei. 193. Anaſtaſiana. 194. ſq. Iuſtinianea. 195. pflegt in Handels-Städten zu geſchehen. 198. löſete alle iura familiae et agnationis auf. 200

Emancipet vt pater filios, an cogi poſſit. 196

Emphyteuſis. 413. ſqq bedeutet ſowohl ein ius in rem, als ad rem. 714. wie ſie ſich endige. 719. ſq.

Emtio vendicio. 684. ſqq.

Enckel und Enckelinnen, von Töchtern geboren, hatten in Sachſen kein ius repraeſentationis. 614. wie ſie ſuccediren. 599

Enterbung der Kinder endet keine väterliche Gewalt. 191. auf was für Urſachen ſich dieſelbe gründe. 488. ſqq.

— der Kinder und Eltern bei den Teutſchen. 501. ſqq.

— der Eltern, auf was für Urſachen ſie beruhe. 500. der Brüder und Schweſtern, wie ſie veranlaſſet werde. ibid. ſqq.

Entführer der Jungfrauen und Witiben. 949

Equus aſthmaticus, hartſchlägiges Pferd 701

Erbe im Teſtament. 504

— in welchen Fall er pro negotiorum geſtore zu halten ſey. 538

— iſt nach Teutſchen Rechten über das Vermögen der Erbſchaft nicht verbunden. 546

— kan keine ungewiſſe Perſon ſeyn. 506

— kan von den creditoribus vor den Dreißigſten Tage nicht belanget werden, 547. 549

— muß des Verſtorbenen facta präſtiren 548. ſq.

— muß die gantze Erbſchaft antreten. 540

— was er in der Lateiniſchen Sprache für Beinamen nach dem erhal-

tenen Theile der Erbschaft überkommen hat. 510. sq.
Erbe, welcher in einem Testament ernennet wurde, war dem testatori eben so gefährlich, als wenn zwischen beiden ein pactum successorium vorgegangen wäre. 461. sq.
— wird von den creditoribus ex contractibus cum defuncto initis belanget. 754
Erben eines gehängten Diebes konten von dem Bestohlenen belanget werden. 790. aber in den Teutschen Rechten gehet solches nicht an. 791
— eines verstorbenen Principals sind nicht schlechterdings schuldig, desselben procuratorem bei dem Proceß zu lassen. 907
— haben sich der Privilegien des Verstorbenen nicht schlechterdings zu getrösten. 62
— können auch condictione furtiua und actione rerum amotarum belanget werden. 915
— können einige Personen im Testament nicht seyn. 508. sq.
— können im Testament unter gewissen Bedingungen eingesetzet werden. 514
— können wegen eines vermuthlichen fideicommissi zum Eide gebracht werden. 590
— welchen insgesamt kein gewisses Theil der Erbschaft zugeschrieben worden, theilen dieselbe mit einander zu gleichen Theilen. 511
— wie sie eigentlich im Testament eingesetzet werden müssen. 512
Erben, wie sie im Römischen Recht unterschieden werden, waren bei den alten Teutschen unbekannt. 543. sqq.
Erben-Zins-Contrakt. 713. sqq.
Erben-Zins-Gut, wie es verlohren gehe. 719. sq.
Erben-Zins-Güter, zu welcher Zeit sie bei den Teutschen aufgekommen sind. 721
Erben-Zins-Mann gebrauchet sein Recht in disponendo et alienando, wie auch in Einsammlung der Früchte. 716. sq.
— — — hat gewisse Verbindungen zu beobachten. 718
Erbfolge bei den alten Sachsen 610. sq. bei den Allemanniern. 611. bei den Beiern. ib. sq. bei den Longobarden, West-Gothen. 612. bei den Ebräern. 597
— der Eltern läst kein ius repraesentationis zu. 603
— der lachenden Erben 604
— Iustiniani hat drei Ordnungen. 597. sq.
— ohne Testament richtet sich nach der Nouella CXVIII. 595
— ohne Testament bei den Teutschen. 609. sqq. 618
Erbschafft ist res corporalis und incorporalis. 376. sq.
— derselben Antretung. 540. 754. sq. kan heut zu Tage durch einen procuratorem geschehen. 541
— innerhalb welcher Zeit sie bei den Teutschen von den Erben, die nicht Kinder waren, angetreten werden muste. 544

Erbschaft, kan von gewissen Personen nicht angetreten werden. 539
— die nicht angetreten ist, wird von den Kindern auf ihre Erben transferiret. 537
— wird erst nach den dreissigsten Tage getheilet. 549
— wie sie zu theilen sey. 753. sq.
— überkömmt der eingesetzte Erbe gantz, wenn er auch gleich nur zum Theil eingesetzet wäre. 511
— wie sie unter viele Personen, welche im Testament unterschiedlich gesetzet sind, eigentlich getheilet werden müße. 512
— kan Armen, Kirchen, Städten und corporibus licitis hinterlassen werden. 507. sq.
Erbschaffts-Recht, giebt uns zwei Klagen an die Hand. 830
Erbstücken, die beweglich sind, können innerhalb vier Jahr, sechs Wochen und drei Tage eingeklaget werden. 913
Ercker, Wetter-Dächer. 387
Erctum citum, erciscere. 752. sq.
Erdscholle, stellte bei der rei vindicatione den gantzen Acker vor. 826
Ergreiffung, der beweglichen Dinge geschiehet mit den Händen, aber der unbeweglichen mit den Füssen 339
Error, was und wie unterschiedlich er sey. 689
Erwerb, durch Kinder und Gesinde bei uns Teutschen. 762. sq.
Erwerben, konnte niemand was vor einen andern, ausser Knechte und Kinder. 903
Eß-Waare, theilt die Wittwe nach den dreißigsten Tage mit den Erben. 617. sq.
Eß-Waaren, wenn sie von Gesinde gestohlen werden. 784
Exceptio compensationis und doli mali findet bei den deposito nicht statt. 639
— non numeratae pecuniae. 681. sq. 917
Exceptiones. 916. sqq. derselben Eintheilung. 917
— peremtoriae et dilatoriae. 918
Excusare, was es in unsern Rechten bedeute. 278
Excusatio, tutorum vel curatorum. 277. sqq.
Excusationes, voluntariae tutoris a tutela. 291. sq. necessariae a tutela. 294
Excussionis beneficium, kommt tertio possessori eines Unterpfandes nicht zu statten. 643
Execution, der verurtheilten Uebelthäter geschahe durch einen Anverwandten oder Schöppen, oder auch durch den Frohn-Bothen. 959
Exerciter. 882
Exheredandi liberi. 494. sqq.
— liberos iustae causae. 498. sqq.
— parentes iustae causae. 500
— fratres et sorores iustae causae. 500. sq.
Exhibere, was es heisse. 839. sq.
Expromissio. 771
Exsilium und relegatio sind unterschieden. 190

F.

Factor. 882
Fahrende Haabe. 378
Fama hominum non temere iactanda eſt.
— oder allgemeines Gerücht giebt Anlaß zur Inquiſition 951
Familia iſt in LL. XII. Tabb. ſoviel als hereditas. 753
Factum licitum. 851. illicitum wird ein jedes Verbrechen oder Uathat genennet. 858
Feudorum libri, ſind eine Erfindung der Teutſchen Völcker, und deren Verfaſſer. 21
Fictiones iuris, ſind ſehr viele. 157. ſq.
— und conſenſus praeſumtus, ſind aus der Rechtsgelahrtheit nicht zu verweiſen. 625
Fideicommiſſum verbindet den Erben. 583 ſq.
Fideicommiſſa, ſind von den legatis unterſchieden. 550. 552. ſq.
— ſind entweder vniuerſalia oder ſingularia. 581. 589. entweder expreſſa oder tacita. 582. wer ſolche machen könne. 582. ſq.
Fideiuſſio, kan bei allen contractibus ſtatt finden. 670
— und expromiſſio ſind unterſchieden. 669. 772
Fideiuſſiones, nach Teutſchen Rechten. 674. ſqq.
Fideiuſſor, iſt nicht in maius verbunden. 671
— pro femina fideiubente, iſt nicht verbunden. 670
Fideiuſſores. 668. ſqq.
*Fideiuſſori*ſche Caution der Vormünder. 274
Fides bona. 366
Filius familias, kan vom peculio caſtrenſi und quaſi caſtrenſi ein Teſtament und legata machen. 554
Filii und Enckel und deren Nachkommen ſtunden alleſamt unter der väterlichen Gewalt. 130
Fiſcus. 284. ſq. nimmt unwürdigen Perſonen die Erbſchaft und legata hinweg. 510. 573
Fiſci iura, waren bei den alten Teutſchen nicht bekannt. 618
Fixa vincta, und ruta caeſa. 377
Flumen und ſtillicidium. 381
Foetura. 352
Folter oder ſcharffe Frage war nicht bei allen Teutſchen gebräuchlich. 957
Fornicatio. 945. ſq.
Fräuleins-Stiffte der Sächſiſchen Fürſten. 610
Frau, kan für niemand gut ſagen. 84. derſelben kan die Unwiſſenheit der Rechte nicht ſchaden. 83
— wie ſie eine Bürgſchaft übernehmen könne. 670
— welche wegen des Ehebruchs mit ihren Knecht verdächtig war, konnte denſelben nicht zum Erben einſetzen. 505. ſq.
— was ſie nach ihres Mannes Tode Sachſen- und Schwaben-Recht zufolge aus der Erbſchafft bekommt. 617
Frauens-Perſonen, konnten nicht adoptiren. 105. ſq.
Fraus. 115

Freien,

Freien, Freyester oder Fryester. 199
Freier Mensch hatte alles in dominio und nichts in peculio. 452
Freigeborne. 94
Freigelassene, haben durch Verordnung des Keisers Iustiniani das Röm. Bürger-Recht insgesammt zu geniessen. 108
— modis solemnibus erhielten das Römische Bürger-Recht, keinesweges aber modis manumittendi minus solemnibus. 107
— wurden Römische Bürger. 105
Freiheit, konnte bei den Teutschen verspielet werden. 92
Freilassung, inter vivos per testamentum. 118
— der Knechte oder Leibeigenen. 97. sqq. geschahe entweder ausdrücklich oder stillschweigend. 102
Fremde, können heutiges Tages Erben einsetzen und zu Erben eingesetzet werden. 506
— konnten im Testament zu Rom nicht zu Erben eingesetzet werden. 505. sq.
Früchte, gehören bei den Teutschen dem zu, welcher den Acker besäet hat. 367. sq.
— welche eingesammlet sind. 366. sq.
— welche ein testator vermachet hat, wenn sie gelieffert und nicht gelieffert werden müssen. 556
Fructus existantes. 367
Fructuum perceptio. 366. sq.
Frui was dadurch angedeutet werde. 397
Fürst ist vor allen Schaden zu warnen 943. derselbe handelt klug, wenn er seine eigene Gesätze beobachtet. 80
Funeris curatio. 856. sq.
Furtum heißt in etlichen Fällen soviel, als die gestohlene Sache selbst. 785
— magnum. 789. paruum ist entweder primum oder secundum, oder tertium. 790
— manifestum et nec manifestum, conceptum. 785. oblatum, prohibitum, non exhibitum, diurnum et nocturnum. 786
— possessionis. 781. rei, vsus et possessionis. 782. sqq. simplex, et qualificatum. 789

G.

Garten, wenn er für ein praedium vrbanum, und für ein praedium rusticum anzusehen ist. 381
Gastwirthe, Landkutscher, welche der reisenden Personen Sachen in Empfang genommen haben. 817
Gebäude, welche auf eines andern Grund und Boden stehen 358. sq.
Geburt, welche halb ist, tritt einen Grad weiter. 616
Geburts-Tage, vornehmer Leute geben Gelegenheit, dieselben zu beschencken. 429
Gefundene Sachen können nicht allerdings pro derelictis und rebus nullius gehalten werden. 346. 349
Geisel oder Gisiles. 674
Geld, wird bald rebus corporalibus, bald incorporalibus zugeschrieben. 376
— welches man hat verkümmern lassen, kan füglich deponiret werden. 768

Geld-Straffe, hält Kläger und Beklagten von Frevel und Boßheit ab. 930
Gelehrte, sind nicht schuldig, Vormundschafften zu übernehmen, wenn sie nicht wollen. 288
Gemüths-Bewegungen oder Gedancken sind zu einer Uebelthat nicht zureichend. 776
Genus und quantitas, dauren beständig. 769
Genuß, welcher solchen nicht hat, den dränget auch kein Verdruß. 895
Gepränge, mit wilden Thieren vor den Häusern in Rom. 898
Gerade, worin sie nach Sachsen und Schwaben-Recht bestehe. 617
— kan nach Sachsen-Recht verschencket werden. 440. sq.
— und Heergewette fallen, da keine Kinder vorhanden sind, an die nächsten Anverwandten. 616. innerhalb welcher Zeit sie eingeklaget werden müssen 912
— bekamen ehemals verheurathete Töchter nicht nach alten Sächsischen Recht. 613
Gerechtigkeit, wie sie erkläret werde, und was dabei zu mercken sey. 26. sq.
Gerechtsame, welche einer Person zukommen, rühren aus den unterschiedenen Rechts- und Ehren-Stande her. 836
Gerichte finden sich in Teutschland so vielerlei, als beträchtliche Gewerbe darinnen anzutreffen sind. 937. hohe und niedere muß der Edelmann, der sich derselben anmasset, aus dem Lehn-Briefe darthun. 936
Gerichts-Frohne, fordert vor Endigung des peinlichen Halsgerichts andere Ankläger auf. 962
Gerichts-Kosten, muß der Sachfällige tragen, wo er anders die Ursache des Processirens nicht wahrscheinlich machen kan. 930
Gesätz, wie es bei den Römern zu stande gekommen sey. 49. sq.
Gesätze, der Römer bekommen ihre Namen nicht von cognominibus. 530
— können nicht von Unterthanen gemacht werden. 75
— wie sie auszulegen und anzuwenden sind. 35. sqq.
— können von keinem privato gestellet werden. 23
— was für Pflichten dieselben betreffen, und wie vielerlei Rechte aus denselben entstehen. 37
— richten sich nach demjenigen, was oft und leicht geschiehet. 597
Geschencke, durften von Obrigkeitlichen Personen nicht angenommen werden. 428. sq.
— sind bei den alten Teutschen gänge und gäbe gewesen. 439
— wer solche annehmen und vergeben könne. 431 sq.
Gestohlene Sachen, masset sich das peinliche Hals-Gerichte an. 791
Gewähr-Leistung. 701. sq.
Gewalt der Väter in Teutschland über die Kinder in Ansehung des Erwerbes. 760

Gewaltthätigkeit. 949 sq.
Gewerbe, die groß und wichtig sind, haben ihre eigene und besondere Gerichte. 937
Gewinn und Schaden müssen Handlungs-Genossen unter sich gemeinschafftlich theilen und ertragen. 726 sq.
Gewohnheit hat vim legis. 75. 77
Gifft darf nicht an jedermann verkaufft werden. 690
Giffrmischerei. 947
Gläubiger hat die Wahl, den Schuldner oder Bürgen zu belangen. 669. können innerhalb dreissig Tagen des Verstorbenen Erben nicht belangen, 547. 549. wie sie wider den Schuldner klagen, der zu ihren Nachtheil das seine veräussert hat. 834
Gott, Christus, Maria und die Heiligen können zu Erben eingesetzet werden. 508
Götter konnten bei den Römern nicht zu Erben eingesetzet werden. 507
Gouvernement in den Römischen Provinzen. 66
Grade der Blutsfreundschafft wie sie gerechnet werden. 144 sqq.
Gräber und Gottes-Aecker werden anders bei den Protestanten, und anders bei den Päbstlern angesehen. 320
Grammatici. 288
Grassatores und Latrones sind von den raptoribus unterschieden. 792 sq.
Groß-Väter haben über ihre Enckel bei uns keine Gewalt. 134
Grund-Stücke. 378
Güte ist strittigen Parteien anzurathen. 930
Güter, die unbeweglich sind, können innerhalb dreißig Jahr und Tag in Anspruch genommen werden. 912

H.

Haabe, welche fahrend genennet wird, muß nach Teutschen Rechten innerhalb Jahr und Tag eingeklaget werden. 912
Haabseligkeiten, welche andere von uns in Empfang genommen haben. 817
Haben ist besser als hätt ich. 921
Habitatio. 407
Hadrianus der Keiser hat die Digesta in funfzig Bücher und die Decreta der Keiser in zwölff Bücher vor Iustiniano bringen lassen. 13 hat das edictum perpetuum zusammen tragen lassen. 68. verbietet überhaupt einen Knecht umzubringen. 125
Halberstädtisches Priuilegium. 702
Halsband wurde den seruis fugitiuis um den Hals gelegt. 106
Halsgerichts-Ordnung, Caroli V. hat noch unterschiedenes von der Weise der alten Teutschen in peinlichen Sachen beibehalten. 959 sqq.
Handel, Geschäfte, oder Contrakte werden auf die Weise aufgehoben, auf welche man sie vorher aufgerichtet hat. 764
Handgemenge vor Gerichte bei der Römischen rei vindicatione. 826 sq.
Handlungs-*Factor.* 882
Handlungs-Genossen, was sie zu beobachten haben. 726. sq. praeti-

ren einander nur culpam leuem in concreto. 726
Handlungs-Genoſſenſchafft oder ſocietas was ſie ſey. 723. auf was für eine Art und Weiſe ſolche errichtet werde. 724 ſq.
Handſchlag iſt bei anſehnlichen Perſonen zur Caution hinlänglich. 908
Handſchrift wegen empfangenen Geldes, was dabei Rechtens. 679 ſqq.
Hauptverbindlichkeiten heben, wenn ſie abgethan ſind, auch die Nebenverbindlichkeiten auf. 766
Haus eines Landes-Verräthers wird niedergeriſſen. 942
Häuſer zu Rom hatten ihre beſtimmte Höhe. 388 ſq.
— und Gebäude der alten Teutſchen und was bey ihnen Rechtens war, wenn man auf fremden Boden gebauet hatte. 353 ſq.
Haus-Frieden wird in Teutſchen Rechten heilig gehalten. 807
Haus-Götter. 136
Haushaltung eigene hebet die väterliche Gewalt auf, obgleich der Sohn des Vaters Erbe bleibt. 200
Haus-Vater und Haus-Herr konten wegen der Contrakte ihrer Haus Söhne und Knechte belanget werden. 881
Heergewette und Gerade. 611
— Erbe oder Gerade, wie es damit, im Fall keine Erben da ſind, zu halten ſey. 618
— gehöret nur den Söhnen, Gerade aber den Töchtern, und deren Brüdern, welche geiſtlich waren. 614 ſq.
Heiler-Lohn. 799
Heredipetarum nequitia. 567
Hereditas. 454. ſq. iſt ein quaſi contractus und von der rerum communione unterſchieden. 752. ſq. auf was für Art und Weiſe ſie von heredibus extraneis acquiriret werde. 537. fideicommiſſaria. 580. ſqq. quae ab inteſtato defertur. 595. ſqq. luctuoſa. 604
Hereditatis aditio iſt ein quaſi contractus. 541
— petitio. 830. 912
Hereditatem cernere et decernere. 538 repudiare und ab hereditate abſtinere ſind unterſchieden. 537. 543
Heres ex aſſe, 510. ex ſemiuncia, ex ſicilico. 511
— fideicommiſſarius 582. kan die Erbſchaft ſelbſt antreten. 588. darf quartam Trebellianicam nicht abziehen. 586
— fiduciarius. 581. kan die quartam Trebellianicam abziehen. 586. welcher eine Erbſchafft gezwungen antritt, darf zur Straffe die quartam Trebellianicam nicht abziehen. 587
Heredis inſtitutio in diem et ex die iſt ungiltig. 512. Pro herede ſe gerere. 537 ſq.
Heredes inſtituendi. 504
— neceſſarii 535. ſq. ſui et neceſſarii 536. ſui, extranei. 534. ſq. extranei transferiren die nicht angetretene Erbſchafft keinesweges auf ihre Erben. 537. voluntarii ſind alle Erben

Erben bei den Teutschen gewesen. 544
Heredum qualitas et differentia. 534 sqq.
Hermaphrodit. 84
Herr der einen Knecht vorsetzlich todt schlug, wurde mit der ordentlichen Straffe, als ein Mörder, angesehen 125
— des ertödteten Viehes erlangt die halbe Ersetzung des Schadens. 901
Heurath der Knechte hieß contubernium, der Fremden aber matrimonium. 141
Heurathen wider der Eltern Willen veranlasset die Enterbung bis auf die legitimam. 200 sq.
— können nur gewisse Personen. 140 sq.
Historia iuris Romani ist nützlich und nöthig. 48
Hochnothpeinliches Halsgericht wird geheget und aufgegeben. 962
Hochzeit-Geschencke. 430
Höfe der Edelleute haben gemeiniglich iurisdictionem patrimonialem bei sich. 936
Homicidium dolosum, culposum, casuale. 946 sq.
Homo et persona. 81
Homines proprii was sie ihren Herren zu leisten haben. 659
— sui vel alieni iuris. 121 sqq.
Honorarium und merces sind unterschieden. 634
Hopffen gehöret demjenigen, wo er Wurtzel geschagen hat. 364
Huren-Wirthschaft. 946
Hypotheca oder Pfand-Verschreibung. 851. sq. und pignus, wie sie unterschieden sind. 640 643
Hypotheken haben gemeiniglich clausulam constituti possessorii bei sich. 643

J.

Jagd oder Venatio ist eine species occupationis. 340 sq.
Jagen auf fremden Grund und Boden. 342 sq.
Jahr und Tag was es bedeute. 912
Ἐγγύησις wird zu Schliessung der Ehe erfordert. 139
Ignorantia facti schadet nicht. 757.
— iuris naturalis et iuris ciuilis. 756
Immiscere se hereditati. 537
Immissio in bona wie sie bei den Sachsen geschiehet. 373
Imperium welchen obrigkeitlichen Personen solches zugekommen sey. 287
— und iurisdictio wie sie von einander unterschieden sind. 932
— merum et mixtum. 933
Implorant und Implorat. 838
Impotentia excusirt von der Vormundschafft. 291
Incensi erlitten capitis deminutionem maximam. 226
Indebitum wird um dreier Ursachen willen also genennet. 757 sq.
— soluens der das gezahlte zurück fordert, muß ex errore facti gezahlt haben. 756
— accipiens muß nicht gewußt haben, daß ihm die Zahlung unverschuldeter Weise abgetragen sey. 758. sonst kan er condictione furtiua belanget werden. 759

Indebitum, welches nicht kan wieder zurück gefordert werden. 890
Infamia. 931. procuratoris, worüber man Einwendung machet, muß liquid ſeyn. 905
Ingenui. 94 ſq.
Ingratitudo ſimplex et praegnans. 89
Inimicitiae capitales. 293
Iuiuria wird in zweierlei Verſtande genommen. 802. verbalis und realis. ibid. ſcripta und picta, ſimplex et atrox. 803
Iniuriandi animus iſt von etlichen Perſonen nicht zu vermuthen. ibid. ſq.
Injurianten in welchen Fällen ſie hart beſtrafet werden. 811
Innungen und Zünffte machen keine leges, ſondern pactiones. 80
Inofficioſum teſtamentum. 531
Inofficioſi teſtamenti querela, wem ſie zuſtehe. 530 ſq.
Inquilinus. 704
Inquiſition, weil ſie für nachtheilig gehalten wird, kan durch erlaubte Defenſion abgewendet werden. 961
— zeigt unterſchiedene Spuren von dem alten Rechte. 960
Inquiſitions Proceß, und was ein Richter dabei zu thun hat. 951
Inſcriptio in crimen. 940. war auch bei den Francken üblich. 952
Inſeln im Meer und Flüſſen. 354 ſq.
Inſitor. 882
Inſtitutiones Iuſtiniani wer ſie verfertiget hat, woraus ſie genommen ſind, und worzu ſie der Keiſer verfaſſen laſſen. 16. ſq.
— und Pandekten ſind von gleicher Giltigkeit. 18. in welchen Fällen ſie einander vorgezogen werden müſſen. 23
Inſtruction welche die Factors und Proviſeurs überkommen. 882
Inſtrumenta dotalia werden zu Legitimirung der Kinder erfordert. 160
Inſula. 352
Inſulae in der Stadt Rom. 586 ſq.
Interdictum de glande legenda hat bei den Teutſchen nicht ſtatt. 365 ſq.
Interdicta. 920. werden zu den Real-Klagen gerechnet, jedoch ohne Grund. 835. waren ein kurzer Beſcheid, welchen der Praetor in eigener Perſon gab. 921. deren unterſchiedene Abtheilungen. 922
— QVORVM BONORVM, QVOD LEGATORVM, SALVIANVM. 923. VTI POSSIDETIS, VTRVBI, VNDE VI. 924
Interitus rei. 764. 769.
Interpretatio legum, was und wie vielerlei ſie ſey. 34 ſq.
Interpretationes Iureconſultorum haben vim iuris nach und nach erhalten. 73
Inuentarium wie es beſchaffen ſeyn müſſe. 542
— oder eidliche Specification muß ediret werden. 547
Inuentio. 346. ſqq.
Inutilis heiſt, was keine Wirckung hat. 663
Irrthum des Käuffers. 689
Iter. 391
Iudaei können in Teſtamenten der Chriſten nicht zu Erben ernennet werden. 508 ſq.

Juden

Juden können Teſtamente machen. 509
Iudex und arbiter ſind unterſchieden. 864
— litem ſuam faciens. 813 ſq.
Iudicis cognitio und iurisdictio hatten unterſchiedliche Bewandnis. 932
— officium. 931 ſqq.
Iudices pedanei. 864. 932
Iudicium poſſeſſorium iſt entweder ſummarium oder ordinarium. 927 ſq.
Iudicia publica. 939 ſqq.
Iulius Caeſar hat ein corpus iuris zuſammen tragen wollen. 4
Jungfrau, welche ohne Mitgifft ausgeſtattet war, wurde als eine Concubine angeſehen. 160
Jungfrauen-Raub. 949
Iuramentum adſertorium wurde in peinlichen Sachen von dem Ankläger und ſechs andern Zeugen abgeleget. 958
— calumniae generale und ſpeciale. 929
Juratoriſche Caution iſt im Fall der Noth anzunehmen. 909
Iurisconſultus, was deſſen Schuldigkeit ſey. 33 ſq.
Iurisconſulti. 290. penſionarii. 813
— in foro dicti ſunt aduocari, in aedibus autem conſuli, und wenn ſie mit andern ihres gleichen zuſammen kamen, tractare, d. i. diſputare. 71
Iurisiurandi extraiudicialis delatio. 853 ſq.
Iurisprudentia wie ſie erkläret werde. 32. wie ſie beſſer zuerklären ſey. 33
Juriſten böſe Chriſten. 26
— zu Rom ſind Anhänger der Stoiſchen Weltweißheit. 42
Iurisdictio. 932. alta et baſſa. ibid. 936. fundalis oder fonceria, praediaria, ſolaria. 935 ſq. patrimonialis. 125. 934. voluntaria und contentioſa. 74. 933. ordinaria und extraordinaria, propria, mandata und prorogata, patrimonialis. 934
Iurisdictionis locatio conductio iſt dem gemeinen Weſen ſchädlich. 757
Ius was es heiſſe. 38 ſq. deſſen obiecta. 80 ſq. praecepta. 29. und ſpecies. 78
— accreſcendi. 563. ſqq. Regeln hiervon. 564 ſq.
— ad rem und ius in re. 329. werden unterſchiedlich adquiriret. 383
— ad rem naſcitur ex obligatione. 620
— compaſcui. 393
— congrui. 76
— deliberandi. 542
— diuinum wie vielerlei es ſey. 40 ſq.
— — naturale vel poſitiuum. 46 ſq.
— gentium primarium et ſecundarium. 42 ſqq.
— gladii. 932
— honorarium. 68
— humanum oder ciuile und deſſen Eintheilung. 47 ſq.
— in re iſt nicht momentaneum, ſondern perpetuum. 343 ſq. deſſen vier ſpecies. 330
— Iuſtinianeum in wie weit ſolches gelten müſſe. 24
— naturale. 38 ſq. 41
— naturae et ius gentium. 38. ſq. 45
— non ſcriptum. 75
— obſtagii. 676 ſqq.
— paſcendi. 393
— poſtliminii. 346
— priuatum, ius publicum. 38
— repraeſentationis bei der Erbfolge. 600.

600. iſt bei den Teutſchen nicht ſonderlich bekannt geweſen. 612. iſt erſt in neulicher Zeit bei den Teutſchen eingeführet worden. 619 hatte bei Erbſchaften in Sachſen- und Schwaben-Recht gleiche Beſchaffenheit. 615

Ius retentionis findet bei dem commodato ſtatt. 635. kan bei re depoſita nicht ſtatt finden. 639

— retractus. 702 ſq.

— ſacrum, ius naturale, ius gentium. 38 ſq.

— ſcriptum und deſſen ſpecies. 48 ſqq.

— talionis. 858.

— trium liberorum. 283. iſt unter den heidniſchen Keiſern den Götzen ertheilet worden. 507

— venandi, aucupandi, piſcandi. 342 ſq.

— vitae et necis in ſeruos. 122. ſq. wurde den Römern ziemlich beſchnitten. 124

— und iudicium waren in Anſehung der Obrigkeitlichen richterlichen Perſonen unterſchieden. 932

Iura bannaria. 383

— ſingularia und priuilegia ſind unterſchieden. 60

Iuſſus und mandatum ſind unterſchieden. 881

Iuſtinianus warum er das corpus iuris ciuilis zuſammen tragen laſſen. 2. ſq. deſſelben Herkommen, Eigenſchafften und Regierung 5. deſſen Thaten 7 ſq. deſſen Gegner 5. deſſen Vertheidiger 6 ſq. derſelbe war ein groſſer Freund von der Freiheit. 321

Iuſtinus und Iuſtinianus ſind nicht zu verwechſeln. 6

Iuſtitia was und wie vielerlei ſie ſey, und worinn derſelben Endzweck beſtehe. 25

— expletrix, attributrix. 27 ſq.

— vniuerſalis und particularis, commutatiua und diſtributiua, 30 ſq.

Juſtiz-Weſen, wie es verbeſſert werden könte. 757

K.

Kauf und Verkauf was dabei zu mercken iſt. 374. item Käuffer und Verkäuffer. 685 ſqq.

— kan von den Landes-Herrn anbefohlen werden. 687 ſq.

— muß nicht erzwungen ſeyn. 688

Kauf-Contrakt was dabei für pacta vorkommen. 698. ſq. nach den alten und neuern teutſchen Rechten. 700 ſqq.

Kauf-Geld und was dabei Rechtens. 691 ſqq.

Käuffer, welcher bei herannahenden Concurs von dem Schuldner etwas aus Gewinnſucht an ſich gebracht hat. 834 ſq.

Kaufleute können ſich gar leicht für reicher halten, als ſie ſind. 115. warum ſie ihre Kinder zu emancipiren pflegen. 198

Keiſer in Teutſchland beobachtet faſt der Römer Weiſe, wenn ein Geſätz auf den Reichs-Tage gegeben werden ſoll. 50 ſq.

Kerb-Hölzer ſind von einfältigen Vormündern zu gebrauchen. 293

Kerkermeister, Ketten, Banden und Gefängnisse sind auch bei den alten Teutschen bekannt gewesen. 954
Ketzer, welche also zu nennen sind. 493
Kinder, ausser der Ehe geboren, welche legitimiret werden können. 158. sq. und auf wie vielerlei Art und Weise. 159. sq.
— der Landes-Verräther sind infam. 942
— der Sachsen, welche taub, stumm, toll, blödsinnig, blind und Krüpel waren, erbeten allein in Allodial-Gütern. 614
— der Teutschen, gehen aus der väterlichen Gewalt durch Heurath und Anstellung ihres eigenen Heerdes. 199
— dürffen von den Eltern nur mäßig gezüchtiget werden. 132
— dursten bei den alten Römern von den Eltern zur Erstattung eines von denselben verübten Schadens ausgeliefert werden. 894
— folgen den Eltern ohne Unterscheid im Erbe. 598
— hatten nicht nöthig, die Erbschaft der Eltern anzutreten. 537
— in welchen Fällen sie nur verkaufft werden konnten. 133
— können heut zu Tage nicht mehr noxae gegeben werden. 134
— konnten bei den alten Römern ohne Ursache enterbet werden. 495
— pflegen den Eltern das allerliebste zu seyn. 597
— sind heut zu Tage wirckliche heredes voluntarii und Erben ipso iure. 537
Kinder, unächtgeborne succediren nur den cognatis. 607
— waren bei den Römern schlimmer daran, als die Knechte. 127. sqq.
— waren in Ansehung des Vaters res mancipi. 134. 211
— welche aus unterschiedenen Ehen erzeuget sind, wie sie ihren Eltern succediren. 601
— welche im Testament übergangen, oder unschuldiger Weise enterbet sind, brauchen querelam inofficiosi nicht anzustellen 532
— welche legitimiret sind, wie sie succediren. 601
— welche sich von ihren Eltern absondern, durch Anstellung ihrer eigenen Haushaltung, behalten dennoch das Erbschaffts-Recht. 200. die sich aber von den Eltern getrennet haben, werden pro mortuis gehalten. 201
— welche unehelich geboren sind, erben in Teutschland nicht. 619
— wer deren zu Rom viel hatte, genoß viel Vorzüge und Rechte. 282. sq.
— wurden exponirt. 129
— zu Rom waren unterschiedlich. 495. sqq.
Kindern, die uns nichts angehen, können wir, als Privat-Personen, keine Vormünder setzen. 211
Kinder-Mord war unter dem crimine parricidii nicht begriffen 947. sq.
Kirchen, Schulen, pia corpora, Städte, u. d. gl. werden den Minderjährigen gleich geachtet. 846
Kirchen-Güter verjähren nur nach vierzig Jahren. 425

Kirchen-Raub. 950
Klage, oder actio, wird auf zweierlei Weise erwogen. 820. sq.
— de dolo malo infamiret, und ist daher behutsam zu gebrauchen. 843
— die einer Stadt, Kirche, oder auch dem Fisco zustehet, ist privilegiret. 913
— vor Gerichte zu Rom waren weitläuffig, und von gezwungener Art. 828
— welche aus dem Eigenthums-Recht entspringen. 824
— welche den Erben und wider die Erben gestattet werden. 915. sq.
— welche eigentlich perpetuae und temporales heissen. 911
— welche persönlich sind. 839. sqq.
— welche vermischt genennet werden. 821
Kläger und Ankläger sind unterschieden, besonders in Ansehung ihrer Gebühr und Schuldigkeit. 940
— welcher unter einem andern Richter stehet, muß insgemein Caution bestellen. 910
— welche frevelhaft sind, werden von ihren Frevel abgeschrecket durch das iuramentum calumniae. 929
Kleider von Purper. 691
Knecht konnte vor keinen Richter erscheinen. 836
— welcher über einen Verbrechen ertappt wurde, durffte nicht getödtet werden. 125
— wenn er zum Erben eingesetzet wurde, muste seines verschuldeten Herrn Güter unter seinen eigenen Namen verkauffen. 535
Knechte der Teutschen, wie und wozu sie gebrauchet wurden. 935
— haben keinen statum. 225
— konnten bei den alten Teutschen impune todt geschlagen werden. 125
— konnten Erben seyn. 505
— konnten um der Herren willen zur Marter gezogen werden. 942. 957
— oder Leibeigene der Kirchen und Clöster. 92
— sind einander gleich, und auch von einander unterschieden gewesen. 89. sq.
— und Diener sind bei uns Teutschen Lohn-Leute. 659
— waren in commercio. 123
— warum man sie bei den Römern zu Erben eingesetzet hat. 116
— welche actores hiessen. 266. sq.
— welche man zu Erben eingesetzet hatte, wurden frei. 506
— wenn sie krank waren, wurden entweder exponiret, oder getödtet. 124
— werden iure gentium und iure ciuili, und nicht allein durch die Geburt. 88
— wie sie in Teutschland genutzet werden. 126
— wurden bei den Römern gemißhandelt. 123
— wurden gebrandtmarckt 106
— wurden in fraudem legis Dicinniae frei gelassen. 120
— zu Rom mußten ihre Herren beschencken. 428. sq.
Knechtschafft ist dem natürlichen Recht

Recht und der gesunden Vernunft nicht entgegen. 86. sq.
Röhr-Recht. 619
Roppel-Weide. 393
Kriegs-Befestigung Rechtens, welche von angeklagten Uebelthätern geschahe. 955
Kriegs-Gefangene werden heutiges Tages nicht mehr zu Knechten gemacht. 88
Kürtze ist besser, als Weitläuftigkeit. 767

L.

Laden-Diener. 882
Laisovverpum. 371
Landes-Fiscal. 940
Landes-Verräther. 941
Land-Friedens-Brecher. 949. sq.
Lares. 136
Largitas sponsalitia. 438
Laß-Güter, Schillingshauer ꝛc. ꝛc. 111
Laxa. 379
Legare, was es bedeute. 210. quis possit. 553. sq.
Legare ab aliquo. 554
Legandi modi sind sechserlei. 565. sqq.
Legatarii verbis coniuncti, re coniuncti, mixtim coniuncti. 564 sq.
— und fideicommissarii können dreierlei Klagen anstellen. 569
Legatum purum und conditionale. 568. sq. ex die. 566. in diem. ibid. sub demonstratione. ibid. sq. sub caussa. 567. sub modo. ibid. rei alienatae. 558. rei alienae. 556. sq. rei oppignoratae. 557. remuneratorium. 568
Legata oder Vermächtnisse. 549. sqq.
— captatoria und poenae nomine relicta sind verboten. 567. sq.
— factorum, welche der Erbe leisten muß. 562
— generis, speciei et quantitatis. 560. sqq.
— können ohne Gegenwart von fünf Zeugen nicht vermachet werden, wohl aber fideicommissa. 590
— nominis, liberationis und debiti. 558. sq.
— können auch in codicillis hinterlassen werden. 553
— wie vielerlei sie sind. 551. sq.
— wie sie transferiret werden. 571
— wer solche auszuzahlen habe. 554. sq.
Legatorum ademtio. 570. sqq.
Legislatorium ius haben die höchsten Landes-Herren. 75
Legitima portio wird Falcidia genennet. 587
— — quibus debetur, personae aut heredes sunt instituendi aut nominatim exheredandi. 498
Legitimatio liberorum. 157-162
Legitimationis iura. 162. sq.
Lehns-Erben. 540
Lehns-Folger, in welchen Fall, und wie er actionem praeiudicialem anstellen muß. 838
Leibeigene können in fraudem creditorum nicht veräussert werden. 118. werden von leibeigenen Müttern geboren. 89
— und Eigenbehörige der Teutschen sind von den Römischen Knechten sehr

sehr unterschieden. 91. werden aber dennoch nebst den Gütern veräussert. 126

Leibeigenschafft giebt Gelegenheit, Präjudicial-Klagen, als actiones principales anzustellen. 838

Lex, was es sey, und welche Verordnung bei den Römern diesen Namen geführet habe. 49. sq.

— Aelia Sentia et Fusia Caninia. 111. sqq.

— Agraria der Römer. 713

— Aquilia 795. capita desselben. 797. sq. eius affectiones. 799. sq. richtet in Teutschen Rechten nichts aus. 800

— Attilia. 236

— Commissoria. 699

— Cornelia de falsis. 948

— — de sicariis. 946

— Diffamari. 829

— Fabia de plagiariis. 950

— Falcidia. 574. sqq.

— Furia, Voconia. 574. sq.

— Fusiae Caniniae Abschaffung. 118. sqq.

— Glicia. 530

— Iulia de maritandis ordinibus. 281

— — de peculatu et sacrilegiis. 950

— — de vi publica et priuata. 949. sq.

— — Maiestatis scheinet mehr mit Blut als Dinte geschrieben zu seyn. 941

— Laetoria. 262. wird Quinauicenaria genennet. 265

— Papia Poppaea. 282

— Petronia. 124. sq.

— Pompeia de parricidiis. 947

— Praepositionis, 882

Lex promulgata kan nur verbindlich seyn. 79

Legem abrogare, legi derogare, obrogare, surrogare. 80

Leges et plebiscita, wie sie zu einerlei Ansehen und Gültigkeit gelanget sind. 51. sq.

— in den Pandekten hängen zusammen, keinesweges aber im Codice. 14. wie sie ehemahls angeführet worden, und heutiges Tages zu allegiren seynd. ibid. wie man sie zu erklären und anzuwenden habe. 33. sq.

— Agrariae. 345

— non adsistunt dolose agentibus. 367

Leichen-Kosten, wie sie wiederum eingeklaget werden. 857

Liberi emancipati wurden als extranei gehalten, aber sie erhielten bonorum possessionem contra tabulas. 497

— illegitimi et naturales konnten im Testament zu Erben eingesetzt, und auch übergangen werden, aber nicht adoptiui. 497. wurden in Sachsen weder in väterlichen, noch in den mütterlichen Gütern zum Erbe gelassen. 614

— naturales können zu Erben eingesetzet werden, wenn gleich ächte Kinder vorhanden sind. 510

— noxae dati waren keine Knechte. 130

Liberorum trium ius, et liberorum professio. 283

Liberos exheredare et occidere licuit. 494

Libertas naturalis. 85. sq.

Libertus

Libertus war seinem patrono gewisse operas zu leisten schuldig. 109
Liberti Cornelii. 106.
— ingrati erlitten capitis deminutionem maximam. 227
— Latini. 107
— Orcini. 99
Libertini. 97
Lis in actione Legis Aquiliae inficiando crescere videbatur Romanis. 799
— inficiando crescit. 761. 930. bei den Teutschen nur in zwei Fällen. ibid.
Litis contestatio obligiret Beklagten zu leisten, was ihm zuerkannt wird. 902
— dominium. 903
Litem suam facere, was es heisse. 813
Liquidantes und Liquidatus. 834
Liquid-Machung einer Schuld erfordert vier unterschiedene Stücke. 766
Litigantium temere poena. 929
Litterati, Litteratores. 288
Locatio conductio. 703 sqq.
— war bei den alten Teutschen vom commodato nicht unterschieden. 713
Loca religiosa, was sie für Rechte haben. 314. sq.
Lucrum wird bei Bestraffung der Räuber nicht erwogen. 793
Ludimagistri. 288
Luffe macht eigen. 93
Lyfftonde. 408

M.

Macedo, wer so geheissen habe. 889. sq.
Magd, die man heurathen wollte, wurde freigelassen. 117
Magister nauis. 882
Magistratus, befreiet von der Vormundschafft. 287
— und iudex waren bei den Römern unterschieden. 931. sq.
— municipales haben niemals das merum imperium gehabt. 66
Majestäts-Beleidigung, wie sie bestrafft werde. 943
Majestäts-Schändung. 941
Maioris aetatis terminus. 267. sq.
Mancipare, was es bedeute. 193
Mandatarii, und auffergerichtliche procuratores sind einerlei. 904
Mandatum. 733. praesumtum, imperfectum et mancum, geben vor Gerichte Anlaß zur Caution de rato. 909. sq.
— sine libera et cum libera. 742. sq.
— wie es seine Endschafft erreiche und erlösche. 740
— wird unterschiedlich eingetheilet. 735. sq.
Mandati actiones. 741
— natura et qualitas. 738. sq.
Mandata, cum et sine clausula. 928
Mantel-Griff. 181. sq.
Mantel-Kinder. 161.
Manumissio. 97. sqq. per testamentum. 101. sq.
Manumissiones, welche noch heutiges Tages bei den Teutschen gebräuchlich und nicht gebräuchlich sind. 110. sq.
Manumissi pietatis caussa. 117
Manumittendi caussae iustae, in Ansehung der Minderjährigen. 116. sq.

Manumittendi modi ſolemnes. 100. ſq.
minus ſolemnes. 104. ſq.
Mare, wie es occupiret werden könne. 340
Marter oder Folter, bei den alten Francken. 958
Maſcopei. 722
Maſculi et feminae. 83
Medici. 289
Menſchen-Raub. 950
Menſor, ſi falſum modum dixerit. 860
Merces, bei Pacht und Verpacht. 703
— iſt von honorario unterſchieden. 634
Meß-Helffer. 882
Miethen und vermiethen. 703. ſqq.
Milch-Bruder oder Collactaneus. 117
Militia ſagata und togata. 452. ſq.
Militis miſſio, iſt dreierlei und hat ihren Einfluß in die Giltigkeit des teſtamenti militis. 485. ſq.
Minderjähriger, der reſtitutionem in integrum ſuchet, muß ſeine Minderjährigkeit beweiſen. 837
— hat exceptionem SCti Macedoniani nicht zu fürchten. 891
Minderjährige, haben wegen des erlittenen Schadens reſtitutionem in integrum. 844. ſq.
Mineralien und Metalle zu ſuchen, gehöret zu der Landes-Hoheit oder Regalien. 394
Minor XXV. annis konnte nur in gewiſſen Fällen manumittiren. 116
— wird in integrum reſtituiret. 114
Minores bekamen ihre curatores auf ihr eigenes Begehren. 263
Minorum reſtitutio in integrum et curatela. 263
Miſcellan-Klagen. 833 ſq.
Miſericordia intempeſtiua. 818
Miſſilium ſparſio. 374
Miſt-Gruben und heimliche Gemächer, werden bei den Teutſchen dem Nachbar nicht als ſeruitutes aufgebürdet. 394
Miterbe, klaget wegen ausgelegter Leichen-Koſten, actione familiae erciſcundae. 857
Moderamen inculpatae tutelae. 797. 946
Modi dominium acquirendi. 334. ſq.
wie vielerlei es gebe. 336. ſqq.
— tollendi obligationes, ſind zweierlei. 764
Mörder ſeiner Anverwandten, wird mit ſchröcklicher Straffe beleget. 948
Mohatra ein Contrakt, welcher in einem widerrechtlichen Darlehn beſtehet. 892
Monat, der ſiebente nach der Hochzeit, und der zehnte nach des Vaters Tode werden für richtig gehalten. 135
Monſtra. 83
Morgengabe bei den Teutſchen. 617
le *Mort* ſaiſit le vif. 545
Mortui neque nati, neque procreati videntur. 82
Münzer, falſchen Geldes werden lebendig verbrannt, wie auch diejenigen, welche ſolches wiſſentlich ausgeben. 949
Municipal-Städte, der Römer hatten zwar iuriſdictionem, aber kein ſonderliches imperium mixtum. 933

Munus, ein Geſchenck, wie es von dem dono unterſchieden ſey. 428
— publicum worin es beſtehe. 205
Mutter, kan die Vormundſchaft übernehmen. 222. ſq.
Mutter und Großmutter ſcheinen allein in zweifelhaften Fällen negotiorum geſtionem ex pietate vel animo donandi übernommen zu haben. 750
Mütter, hatten an ihren Kindern keine Erbfolger, daher erbten ſie auch wiederum nicht von den Kindern. 598
Muthwillen, mit Verletzung der Ehre und guten Leumundes, ziehet viel Verantwortung nach ſich. 811
— und Boßheit kan ein Richter gar füglich beſtraffen, wenn gleich der zugefügte Schade erſetzet iſt. 801
Mutuum. 630. ſqq. bei den Teutſchen. 645
— und commodatum war bei den Teutſchen einerlei. 633
— giebt allein Anlaß zu dem SCto Macedoniano, wenn nemlich das Darlehn im Gelde beſtehet. 890

N.

Nachrichter, mußte um die Angedeihung der Sicherheit anfragen, wofern ihm die Execution nicht gelingen würde. 959. 962
Nacht-Diebe. 786. Auf was für eine Art und Weiſe ſie bei den Römern umgebracht werden konnten. 787
Namen, der Jugend von der Minderjährigkeit, nach ihren unterſchiedenen Jahren und Alter. 242.
Naſciturus habetur pro nato, quoties de eius commodo agitur. 82
Natura vel brutis cum hominibus communis eſt, vel hominibus propria. 42
Nautae, Caupones, Stabularii. 817
Negotia, ſtricti iuris oder contractus ſtr. iur. wurden in gewiſſen Fällen reſcindiret. 841. ſq.
Negotiorum geſtio. 746. ſqq.
— geſtor, muß von den Abweſenden ſchadloß gehalten werden. 749
Neratius, erlegte den von ihm maulſchellirten Perſonen XXV. Aſſes. 806
Nero, der Kaiſer hat befohlen, daß man die Häuſer in der Stadt nicht an einander bauen möchte. 387
Notio, iure magiſtratus competens. 932
Nouatio. 764. 770. ſqq. voluntaria et neceſſaria. 770. ſq.
Nouationis, neceſſariae effectus. 772
Nouellae Conſtitutiones Iuſtiniani. 19
— Leonis, warum ſie nicht beobachtet werden. 24. ſqq.
Noxae dati filii, geriethen in keine Knechtſchafft. 130
Noxia und noxa, ſind unterſchieden. 893
Numa Pompilius, verordnet, daß die Söhne nicht verkaufft werden durfften. 129
Nützliches und heilſames, wird vermuthlich von jedermann verwilliget und gut geheiſſen. 744
Nuptiae. 135. ſqq. bei den Römern. 141. wurden auf dreierlei Art ein-

gegangen. 137. sq. incestae, incestae, noxiae. 142. 154. sq.
Nutzung, eines andern Sache auf was für eine Weise sie geschehe. 397
– und nutzbares Eigenthum waren in den alten Teutschen Rechten einerlei. 397
– wer solche hat, der muß auch die Beschwerden tragen, doch mit Unterscheid. 402
– wer solche hat, ob derselbe mit der nutzbaren Sache frei schalten und walten könne. 398. sq.

O.

Ober-Acht, beraubet den ausgetretenen Uebelthäter seiner Ehren, Rechte und Güter, die Frau aber behält die Mitgifft, und die Kinder das Pflichttheil. 961
Oblatio curiae. 161
– et consignatio. 764. 768. sq.
Obligatio. 621. sq. correalis. 656. sqq. litteralis wird eingetheilet. 679. realis. 630
– per quas personas nobis adquiritur. 761. sq.
– tacita, wo sie an statt praesumta genommen werde. 745
– wie sie aufgehoben werde. 763. sq.
Obligationes, 620, sqq. ex consensu. 683. sq. ex delicto. 775. sqq. litterarum. 678. sqq. verborum. 649
Obrigkeit, der Teutschen hat allemal das Recht Vormünder zu setzen. 241
– in welchen Fall sie von Unmündigen belanget werden kan. 276
Observantia ecclesiastica. 76
Occupatio. 338. bellica. 344. sqq.
Occupationis species. 340
Oeconomia separata, löset die väterliche Gewalt auf. 197
Officium iudicis nobile et mercenarium, ist von dem Unterscheid der iurisdictionis ordinariae et extraordinariae entstanden. 937
Officia, perfecta et imperfecta. 28. sq.
Ohrfeige, bei Freilassung der Knechte. 103
Ohrfeigen, werden bei der Beziehung der Grentzen, den dabei befindlichen Kindern gegeben. 370
Operae seruorum. 408
Opdracht oder Transport. 372. sq.
Original, ist der Copei vorzuziehen. 23
Origo sanguinis, ist der Grund von der Iustinianischen Erbfolge. 598
Ordinarium iudicium, kan noch ergriffen werden, wenn man in summario den Proceß verspielet hat. 928
Ordinis beneficium, hat ein Bürge. 669

P.

Pacht und Verpacht, was dazu erfordert werde. 704. sqq.
Pacht-Contrakt, kan schriftlich aufgesetzet werden. 704
Pachten und verpachten. 703. sqq.
Pactum und contractus sind unterschieden. 851
– antichreticum und was dabei Rechtens ist. 642. sq.
– commissorium. 699. confraternitatis zwischen Brandenburg, Sachsen und Hessen. 459

Pactum fiduciae de remancipatione, warum man daſſelbe bei der emancipation hinzugefüget habe. 194
Pacta werden eingetheilet. 624. ſq.
— adiecta ſtehen mit den contractibus bonae fidei in Verwandſchafft. 854
— iuramento confirmata. 643
— nuda und non nuda. 851
— nuda verbinden bei den Teutſchen ſowohl, wie contractus. 655. was für Gebräuche dabei gewöhnlich geweſen ſind. ibid.
— ſucceſſoria, ſind in Teutſchen Rechten erlaubt und giltig, aber keinesweges in den Römiſchen. 459. ſq.
Pactiones, welche giltig ſeyn ſollen, müſſen von dem Landes-Herrn beſtättiget werden. 80
Päbſtler in England, wollen den König Iacobum I. nebſt allen Parlaments-Gliedern in die Lufft ſprengen. 942
Paedagogus, konnte freigelaſſen werden. 117
Palinodia. 808
Pandecten, deren Einrichtung. 13
— deren unterſchiedenen Editiones, 15
Papier, Pergament. 359
Parentum conſenſus, iſt bei den nuptiis der Kinder nöthig. 141
Parricidium, was es bedeute. 947
Parteien oder deren Advocaten müſſen das iurantentum calumniae abſchwören. 929
Pater cogi poteſt, vt emancipet filios. 196
Pater eſt, quem iuſtae nuptiae demonſtrant. 134
— familias. 122. fiduciarius. 193
Patria poteſtas. 126. ſqq. wie ſie aufgehoben werde. 189. ſq.
Patriam poteſtatem acquirendi, giebt es drei modos. 135
Patricius adoptiuus, verlor ſeinen Adel, wenn er ſich von einem Plebeio adoptiren ließ. 171
Patrimonial-Iuriſdiction, hat einen uralten Urſprung. 935
Patrimonium, der Römer beſtund größtentheils in Knechten. 122
— principis. 284. ſq.
— vniuerſitatis. 322
Patronus ſuccedirte ſeinem liberto, wenn er ohne Kinder verſtarb. 896
Patroni ius in libertum. 109
Paulus, der Apoſtel wurde für Oneſimum expromiſſor. 771
Pauperies. 895
Peculatus. 950
Peculium, mit den unterſchiedlichen Eintheilungen. 452. 886
— aduentitium ordinarium und extraordinarium, und was dabei rechtens. 456. ſq.
— caſtrenſe et quaſi caſtrenſe. 453. ſq.
— caſtrenſe erlaubt kein militariſches Teſtament, da keine feindliche Gefahr zu beſorgen iſt. 486
— filiorum familias. 452
— paganum profectitium, und aduentitium. 454
— profectitium verbleibt dem Sohne, wenn ſich gleich deſſen Vater des criminis perduellionis und laeſae maieſtatis ſchuldig gemacht hätte. 456

Peculium profecticium, der Knechte gehörete den Herren zu. 449
— der Knechte konnte von den Herren pro lubitu denſelben genommen werden. 123
Peculiorum iura, nach ihrem Unterſcheid. 455. ſqq.
Pecuniae, was dadurch zu verſtehen ſey. 210. warum dis Wort a pecude herzuleiten ſey. 452
Peinliche Fälle erlaubten bei den Römern keinen procuratorem. 905. auſſer wenn der Abweſende füglich geſtrafft werden konnte. 906
— laſſen den Eid vor Gefährde nicht zu. 930
Penates. 136
Peregrini, bekommen Vormünder nach den Rechten ihres Vaterlandes. 208
Perſon, die ungewiß iſt, aber gewiß werden kan, mag gar wohl zum Erben eingeſetzet werden. 507
Perſona libera, kan uns nach teutſchen Rechten acquiriren. 763
— miſerabilis kan zu dem höchſten Richter ihre Zuflucht nehmen. 837
Perſonae. 85. per quas cuique acquiritur. 449. ſqq. ſui iuris. 122
Perſonen der erſten Jugend, wie ſie nach ihren unterſchiedenen Jahren in unſern Corpore iuris bis in das achtzehnte genennet werden. 242
Pfand. 640. ſqq.
Pfandes-Einlöſung, kan nicht praeſcribiret werden. 644
Pfandes-Inhaber, darf nicht nach Gefallen an der verpfändeten Sache bauen. 644. hatte nach alten teutſchen Rechten das dominium vtile. 641
Pfandſchaften, im teutſchen Reich ſind nicht wieder einzulöſen. 641
Pfandſchafts-Recht, giebt zwei Klagen an die Hand. 833
Pfänder, können vermachet werden. 557
Pfändung oder pignoratio des ſchädlichen Viehes iſt ein alter Gebrauch 899. muß behutſam geſchehen. 897
Pferde was ſie für Fehler an ſich haben können, und was ein Haarſchlächtiges oder equus aſthmaticus heiſſe. 701
Pflantzen und Säen, was dabei Rechtens iſt. 364 ſq.
Pia cauſſa was darunter zu verſtehen ſey. 489
Pignus bei den Teutſchen. 648 ſq.
— hat eine dreifache Bedeutung. 640
— und actio pignoratitia. 832. ſq. 855
— und hypotheca ſind unterſchieden. 640. 643
Pignoris contractus was er nutze. 644
Plagiarii. 950
Plantatio und ſatio. 362 ſqq.
Plebeii warum ſie ſich in montem ſacrum aus der Stadt Rom begeben, und was darauf erfolget. 51
Plebiſcitum wie es von einem Lege unterſchieden werden müſſe. 51
Plebiſcita ſind leges worden. 52
Poena capitalis. 224. et non capitalis. 940
— iſt modus coërcendi litigantes. 929

Poena talionis derer Stock und Kerkermeiſter die einen Uebelthäter haben entlauffen laſſen. 961

Poeten der Römer tragen viel zu Erlernung des Römiſchen Rechts bei. 281

Polygamie hat eingeführet werden ſollen. 136

Pompeius iſt Vorhabens geweſen, ein Corpus iuris ciuilis zuſammen zu tragen. 4

Poſitum vel ſuſpenſum. 815. was dabei zu Rom rechtens geweſen, und in Teutſchland rechtens ſey. 816 ſq.

Poſſeſſio ciuilis und naturalis. 366
— iſt allein durch die Spolien-Klage die fünfte ſpecies iuris in re worden. 925

Poſſeſſor bonae fidei, der ein Unterpfand in Händen hat, kan in zehen und zwanzig Jahren belanget werden. 912
— — wird ſo lange für den Eigenthums-Herrn gehalten, bis ſich der verus dominus zeiget. 367 ſq.
— malae fidei muß nicht nur fructus perceptos, ſondern auch percipiendos herausgeben. 367
— tertius kan ſich des beneficii excuſſionis faſt allezeit bedienen. 643. wo er eigentlich zu belangen ſey. 846

Poſſeſſorium conſtitutum. 643

Poſſeſſoria und petitoria iudicia ſind unterſchieden. 921, 927

Poſſidentis conditio in pari cauſſa melior eſt. 559

Poſſidere. 366.

Poſtliminium was es bedeute. 226

Poſtmeiſter, Schiffer, Landkutſcher, u. d. m. müſſen für das in Empfang bekommene Gut ſtehen. 817

Poſtumi. 496

Poſtumis kan im Teſtament ein Vormund geſetzet werden. 212

Poteſtas adminiſtratoria et acquiſitiua. 122. dominica. ibid.

Praecepta iuris, warum man derer nur drei habe. 29.

Praedium dominans et ſeruiens. 380
— — iſt allezeit gehalten, ad refectionem. 384. ſq.

Präjudicial-Klage, ex ſtatu humanitatis. 837. ſq. dieſelben werden bei den Teutſchen zum öftern incidenter angeſtellt. ibid.

Praelegatum dotis, was es für einen Nutzen habe. 559. ſq.

Praeſcriptio immemorialis. 425, ſq. longi temporis. 411
— non valenti agere non currit. 846
— centum annorum oder longiſſimi temporis. 425

Praeſides, hatten die Befugniß Vormünder zu beſtellen. 237
— prouinciae haben drei Cautelen in Aufrichtung ihrer edictorum beobachtet. 67

Praetor, ſchrieb in den actionibus ſtricti iuris das Urtheil ſelbſt vor, aber nicht in actionibus bonae fidei. 864

Praetor tutelaris oder pupillaris. 237

Praetores, unter was für einem Vorwand und auf was für eine Weise sie das römische Volck berücket haben. 63

Priester, warnen durch ihr Zureden die angeklagten Personen, wenn sie schwören sollen, vor dem Meineide. 962

Priuatus kan keine Gesätze machen. 23

Privat-Verbrechen, bei den Römern. 777

Priuilegium odiosum 61. reale et personale. ibid. sq.

— Halberstadiense. 702

Priuilegia. 60

Priuilegiatus contra reque priuilegiatum non vtitur suo priuilegio. 291

Proceß in peinl. Sachen, wie er bei den alten Teutschen gehalten worden, und noch heutiges Tages gehandhabet werde. 951. sqq.

Processe zu Rom, wurden von den obrigkeitlichen Personen nicht gantz regieret und abgewartet. 863

Proconsules, Praesides, Praetores, Legati, Praefecti Augustales, hatten ihre besondern edicta. 67

— und Praetores hatten die Befugniß in ihrem Gebiete edicta zu geben. 65

Procurator iudicialis, wurde dominus litis und von dem Eigenthums-Herrn bestellet. 267. 904

Procurator, muß gemeiniglich cautionem de rato bestellen. 662

— wer er eigentlich sey, nach Römischen Rechten. 903

— wie er beschaffen seyn müsse. 904

— wurde in actionibus legis und actionibus legitimis nicht zugelassen. 902

— wurde von den alten Römern nicht vor Gerichte gelassen. 902

Procuratoris Amt wie es aufhöre. 906

Procuratores sind in den meisten Teutschen Gerichten. 907

— werden nur von dem Eigenthums-Herrn gesetzet, denen die Hände nicht gebunden sind. 904

Prodigi, welche also genennet werden. 261

Proletarii. 224

Proscriptio, minor et maior. 956

Provinzen, auf was für eine Art sie von den Römern regieret wurden. 65. sq.

Prouisor, in den Apotheken. 882

Prouocatio ex L. si contendat, kan von den Bürgen gebrauchet werden. 672

Pubertatis terminus, ist bei den alten Römern streitig gewesen. 252. sq.

Publicanus. 704

Publicum, gehöret bei uns dem Landes Herrn. 323. sqq.

Pupillariter substituiren. 521. sq.

Pupillen, warum sie unter ihren Vormündern stehen. 203

Pupillus infans, infanciae maior. 243
— kan ohne Vormund keine Erbſchaft antreten. 540
Purgatio vulgaris, hat ſich unſichtbar gemacht. 961. konnte einen Angeklagten aus dem Verdachte helffen. 957
Purgationes vulgares, veranlaßten die Abſchaffnng der Folter-Banck. 958
Purpur, durfte nicht verkaufet werden. 691

Q.

Quadriennium, reſtitutionis in integrum, von welcher Zeit an es zu rechnen ſey. 846
Quadrupes, was dadurch zu verſtehen ſey. 798. ſi pauperiem feciſſe dicatur. 895. ſqq.
Quarta Falcidia. 576. ſqq. wie ſie gerechnet werde. 577. ſq. wenn ſie abzuziehen ſey. 578. in welchen Fällen ſie nicht ſtatt finde. 579
— Falcidia und quarta Trebellianica ſind unterſchieden. 586. ſq.
— Trebellianica 585. ſqq. in welchen Fällen ſie nicht ſtatt finde. 588. ſq.
Quartam Trebellianicam und legitimam, können Söhne oder Enckel zugleich abziehen. 587
Quaſi contractus. 625. wie ſie obligiren. 744. ſqq. derſelben giebt es mehr, als die bekandten ſechſe. 746. was daraus für Klagen entſpringen. 856
Quaſi delictum. 858
— delicta, worin ſie eigentlich beſtehen. 812. ſq. haben insgeſamt eine eintzige Klage bei ſich, nemlich in factum. 860
— Vſusfructus. 401
Querela inofficioſi teſtamenti. 831. findet heutiges Tages nur in drei Fällen ſtatt. 533. dauret fünf Jahr. 912. hebt nur die Einſetzung des Erben auf, aber die Brüder und Schweſtern das gantze Teſtament. 534. iſt auctoritate ICtorum eingeführet worden. 530. iſt eine ſpecies hereditatis petitionis. 531
— nullitatis. 532
Quiritari. 787
Quirites, wurden ſowohl Patricii als Plebeii zu Rom genennet. 52
Quittung, was und wie ſie unterſchieden ſey. 681

R.

Räuber, und deren Straffen ſind unterſchiedlich. 794 iſt von einem Diebe unterſchieden. 791. wurden bei den Römern ciuiliter und criminaliter beſtraffet. 793
Rapina. 795
Raptores, wurden bei den Römern ciuiliter beſtraffet. 793
Raptus virginum. 949
Rathe-Herren, zu Rom waren unter den Keiſern ſerua pecora. 53

Recht der Natur hat bei uns Teutschen allemal die Oberhand, wenn der Landes-Herr nicht nöthig gehabt hat, dasselbe einzuschränken. 760
— ist göttlich und menschlich. 4. s. *Ius.*
— der Römer war schon bei den alten Teutschen gäng und gebe worden. 898
Rechte, welche eigentlich gemein genennet worden. 938
Rechtlose oder infames sollen in Gerichten nicht vorsprechen. 905
Rechtsgelehrte, wollte Keiser Caligula ausrotten. 72
— welche als Häupter unterschiedener Sekten anzusehen waren. 15
— warum sie Iustitiae sacerdotes genennet werden. 26
— waren befugt de iure zu respondiren. 72
Rechts-Wissenschaft wurde bei den heidnischen Römern besser eingepräget, als bei uns Christen. 757
Recommendation ist von dem mandato unterschieden. 735
Redemtor. 704
Reicher werden wollen mit eines andern Schaden, wird niemand vermuthet. 744
Reichs Fürsten und Reichs-Grafen werden im fünf und zwanzigsten Jahr maiorenn. 267. sq.
Reichs-Gesäze der Teutschen wissen nichts von contractibus stricti iuris. 843
Reichs-Gutachten wird durch Bestättigung des Keisers ein Gesäz. 51
Reichs-Herkommen. 76
Reiniguns-Eid, wenn er angeklagten Uebelthätern zugelassen ist. 961
Rei vindicatio directa et vtilis. 824. sqq.
— fällt oft sehr schwehr. 828
Remedium animae wird im Schwäbischen Recht geboten. 617
— ex L. diffamari. 672. 838
Repertorium oder inuentarium. 542
Replicationes. 919. sq.
Res und pecunia, was es bei den Rechtsgelehrten bedeute. 307
— aliena kan vermachet werden. 556. verpfändet. 642. verschencket. 433
— amotae, ein Verbrechen, das den Eheleuten eigen ist. 860
— communes, publicae, vniuersitatis. 321. sq.
— corporales et incorporales. 374. sqq. 326. sqq. wie sie eingetheilet werden. 377
— diuini et humani iuris. 308. sq.
— ecclesiasticae sind von den rebus sacris unterschieden. 319. sq.
— fungibiles et non fungibiles. 400. sq.
— humani iuris. 320. sq.
— immobiles werden auch diejenigen Sachen

Sachen genennet, welche man zu einem beſtändigen Gebrauche an einem Orte gewidmet hat. 378
— incorporales non ſunt in dominio, ſed in bonis. 377
— iudicata. 96
— mancipi vel nec mancipi, corporales vel incorporales. 326. ſqq.
— priuatae ſeu ſingulorum. 325. ſq.
— pro derelictis habitae. 346
— propria nemini ſeruit. 378. 381
— religioſae. 313. ſq.
— ſacrae. 309. ſqq.
— ſanctae. 316. ſqq. apud Proteſtantes. 320
Rerum communio iſt ein Quaſi contractus. 752
— diuiſio. 307. ſqq.
— ſacrarum ius. 311. ſqq.
Reſcindere wird nicht ohne Unterſcheid gebraucht. 842
Reſciſſorien-Klage und Publiciana haben einen Urheber. 829. wie die erſtere zu gebrauchen ſey. 830
Reſcripta. 55. 87
Reſignatio iudicialis. 370
Reſponſa prudentum. 71
Respublica eſt perſona moralis et non mori intelligitur. 404
Reſtitutio in integrum, welche der Praetor eingeführet hat. 841
Reſtitutionis in integrum fatale iſt vier auf einander folgende Jahre. 846
Retorſion iſt eine Privat-Rache. 807. wovon in Römiſchen Rechten nur eine kleine Spur gefunden wird. 808
Reus heiſt ſo viel, als perſona contrahens 656
— maieſtatis. 941
Rei duo ſtipulandi et promittendi. 656. ſqq.
Rhetores. 288
Richter-Amt, worinnen es beſtehe. 938
Richter der Teutſchen ſind alleſamt perſonae publicae. 937
— haben bei den alten Teutſchen, wenn keine Erben vorhanden waren, die iura fiſci gehabt. 618
— in peinlichen Sachen. 932
— in welchem Fall er eines quaſi delicti beſchuldiget werde. 814
— ſollen in peinlichen Fällen den gelinden Weg ergreiffen. 790
Ritter zu Rom waren dem Legi Iuliae de maritandis ordinibus gantz und gar zuwider. 282
Ritterſchlag. 103
Römer durfften nach des Keiſers Auguſti Verbot nicht über ſiebenzig Fuß in die Höhe bauen. 388
— pflegten einander ihre Feindſchafft eben ſo öffentlich anzukündigen, als den Krieg. 203
— hatten auf ihren Häuſern keine ſchrägen Dächer. 388
— machten mit den freigelaſſenen Knechten bei den Begräbniſſen groſſes Gepränge. 119

Römer, warum ſie ſich nicht gerne verheurathet haben. 279. ſq.
Römiſch Bürger-Recht. 107. ſq.
Römiſche Ungerechtigkeit und Tyranney gegen die Knechte. 123
Römiſches Volck, wie es eingetheilet worden ſey. 224
Ruſticorum operae bei den Teutſchen oder Frohn-Dienſte zeigen, daß ſeruitus bei ihnen auch in faciendo beſtehe. 382

S.

Sachen, die beweglich ſind, müſſen innerhalb drei Jahren eingeklaget werden. 912
— welche ſonſt pro rebus nullius gehalten wurden, gehören heutiges Tages den Landes-Herren. 355
Sacrilegium. 950
Säckung der Vater- und Bruder-Mörder. 948
Saluus conductus pflegt nur gewiſſen Verbrechern ausgeſtellet zu werden. 961
Satisdare, Satisdatio. 259
Satisdationes. 907. ſqq.
Satisdatores locupletes pro re. 825
Saumſeligkeit des Schuldners einer in Händen habenden Speciei ziehet viel Beſchwerde nach ſich. 938
Schaden oder Tort wird auf mancherlei Weiſe angeſehen. 795. ſqq.
— welchen die Kinder andern Leuten gethan haben, muß auch von Kindern gut gethan werden, ſeit Iuſtiniani Zeiten. 894
— den ein Knecht angerichtet hatte, muſte der Herr über ſich gehen laſſen. 894
— der unbefugt genennet wird, wird von demjenigen nicht angerichtet, welcher ſich ſeines Rechts bedienet. 796. ſq.
— welchen die Thiere angerichtet, wie man ihn erſetzet habe. 899
— wird bei den Teutſchen nur einfach erſetzet, ausgenommen das depoſitum miſerabile und legatum ad pias cauſſas. 800. ſq.
Schadens-Erſetzung kan ſchlechterdings wegen eines ſchadhaften Thieres in der Klage gefordert werden. 896
Schatz, wenn er gefunden wird, wem er zugehöre. 347. ſq.
Schenckung unter Lebendigen und von Todes wegen. 427. ſqq.
Schenckungen beweglicher und unbeweglicher Sachen ſind mit Unterſcheid bei den Teutſchen verboten, und erlaubt. 440
Scherz-Reden und ſchertzhaftes Bezeigen. 803. ſq.
Schiffs-Capitain, Schiffs-Factor. 882
Schmach und Beſchimpfungen. 802. ſqq.

10007

Schuh ausziehen war in Israel eine Gewohnheit, sich wovon los zu sagen. 181

Schulden machen, setzete in die Knechtschaft, wenn man solche nicht bezahlen konnte. 93

— müssen gantz abgetragen werden. 765. es sey denn, daß ein Theil davon nicht liquid wäre, oder die Schulden wären unterschiedlich. 766

— sind bei Theilung der Erbschafft ipso iure getheilet. 753

Schuldner hat nach gestellten Rechts-Urtheil pusillum laxamenti, muß aber doch deswegen Caution stellen. 938

— welchen der creditor als patrem fam. angesehen hat, findet in dem SCto Macedoniano keinen Schutz. 891

— wie man sein eigener werde. 768

Schuld-Post, wie sie offeriret und deponiret werde, desgleichen, was solche depositon wircke. 769

Schulen, hohe, welche vor Zeiten sehr berühmt gewesen sind. 290. sq.

Schwaben-Spiegel ist nach den unterschiedenen Auflagen sehr unterschieden. 676

Schwägerschaft hat keine gradus sondern genera. 148. sqq.

— höret durch das Absterben eines Ehegatten auf. 152

Scotatio. 371

Scriptura ist kein wesentliches Stück bei der Emphyteusi. 715

Sectores bonorum 535. sq.

Senatusconsultum Macedonianum. 670. 888. sq. wer demselben renunciren könne. 891. dasselbe gestattet keine action, wohl aber eine exception. 892

— Orphitianum. 598. Tertullianum. ibid. Pegasianum. 585. Silanianum. 914. Trebellianum. 584. Velleianum. 670. Velleianum und Authentica sind nicht aller Orten in Teutschland gebräuchlich. 678

Senatusconsulta, wie man dieselben zu Stande gebracht habe. 53. sq. und wenn sie aufgehöret haben. 54

— zur Zeit der freien Republik und zur Zeit der Keiser. 52. sq.

Sensus, so viel deren seyn mögen, wurden bei den Stoikern auf tactum reduciret. 376

Separatio liberorum, nach Lübeckschen Rechte. 201

Septuagenarii, waren von Uebernehmung der Vormundschaft frei. 293

Sequestratio. 639

Sequestrum. 638. sq. dessen actio. 640

— darf nicht unrechter Weise verhänget werden. 639

Digitized by Google

Seruitus. 86. (Knechtſchafft.)
— altius non tollendi. 388
— anomala ſeu irregularis non datur. 385
— calcis coquendae. 394
— cretae fodiendae. ibid.
— luminum et ne luminibus officiatur. 389. ſq.
— non conſiſtit in faciendo. 381
— non poteſt pro parte conſtitui. 384
— oneris ferendi. 385
— pecoris ad aquam appulſus. 393
— poenae iſt aufgehoben worden. 227. 942
— praedialis kan auch ſeruitus perſonalis werden. 394
— praedii ruſtici et praedii vrbani. 380
— proiiciendi. 387
— proſpectus et ne proſpectui officiatur. 390
— realis und perſonalis. 379. ſqq.
— ſtillicidii recipiendi vel non. 387
— tigni immittendi 386. ſq.
— muß bei den Teutſchen anders definiret werden, als bei den Römern. 383
— wie ſie vindiciret werde. 831
— wird quaſi tradiret. 383. ſq.
Seruitutes. 378. ſqq. perſonales. 396. ſqq. praediorum ruſticorum. 391. ſqq. praediorum vrbanorum. 385. reales. 380. ſqq.
— wie ſie geendiget werden. 394. ſq.
Seruus, communis acquirirte allen ſeinen Herren mit Unterſcheid. 450
Seruus publicus. 275
— vicarius. 449
Serui, non habentur pro perſonis. 84. ſq. 87
— poenae 88. ſq. erlitten capitis deminutionem maximam. 226
— ſunt in poteſtate dominica. 122
Seruorum manumiſſio in fraudem creditorum facta. 114. ſq. 118
Sicarii. 946
Sicherheit oder Caution, welche zulänglich iſt, muß einer dem andern vor Gerichte verſchaffen. 908
Sidelhof, bei den Schwaben wurde nur an den Sohn vererbt. 615
Societas. 722. ſqq. leonina. 725. vniuerſalis, generalis und ſingularis. 724
— wie ſie getrennet und aufgehoben werde. 728. ſq.
Societates oder gemeinſchaftliche Gewerbe bei den Teutſchen. 730. ſqq.
Socii, müſſen einander das beneficium competentiae angedeyen laſſen. 726
Sociorum obligatio. 726. ſq.
Sodomiterei. 944
Sohn, welcher ſeinen Vater beſtiehlt, begehet ein furtum. 782
— oder filius familias, ob er habe zu Rom teſtiren können. 491
Sohns-Kinder, wurden nach Sächſiſchen Recht in der Erbfolge auch den Töchtern vorgezogen. 610

Söhne der Landes-Verräther, sind von aller Erbschaft ausgeschlossen. 508. 942
— erbten bei den alten Teutschen die unbeweglichen Güter mit Ausschliessung der Töchter, als ihren Schwestern. 610
— müssen Lehen und allodium zugleich erben, keinesweges aber andere Anverwandte. 540
— wenn sie emancipiret würden, musten dreimal, Töchter und Enckel aber nur einmal verkauft werden. 194
— wenn sie wider ihrer Väter Willen eine Erbschaft antreten, besitzen solche als ein peculium extraordinarium. 540
— und Töchter der Landes-Verräther sind in Ansehung des Erbschafts-Rechts unglücklich. 942
Soldaten, haben an der im Kriege gemachten Beute keinen Theil. 345
— Testament was es vor andern Testamenten voraus habe. 481. sqq.
— wenn sie in Garnison oder in Winter-Quartieren ausser Gefahr sind, können kein testamentum militare aufrichten. 485
— wie sie heutiges Tages ihre Testamente einzurichten haben. 486
Solutio indebiti, ist ein Quasi contractus. 755. sq.
— ist bei allen Contrakten ein modus tollendi obligationem. 761. worinnen sie bestehe. 765. deren Wirckung. 766
Sophistae. 289
Spado. 165
Species, wenn sie zu nichte gehet, macht uns von der Schuldigkeit frei. 769. sq. drei Fälle, da speciei interitus unsere Schuldigkeit nicht aufhebet. 770
Specificatio. 359. sq. rerum hereditariarum, welche beschworen wird, ist Ursach, daß die inuentaria selten verfertiget werden. 548
Spes, kan verkauft werden. 689. wird bei den contractibus, aber nicht bei vltimis voluntatibus, auf die Erben gebracht. 541
Spolien-Klage, als ein monstrum actionis. 925
Sponsa natus num sit legitimus. 135
Spurii, adulterini und incestuosi, können legitimiret werden. 163
Stab, wird nach Vorlesung des Urtheils von dem Richter gebrochen. 962
Stadthalter der Römer, hatten das ius praetorium. 67
Stadt-Schultheiß in Halle, setzet keine Vormünder, sondern der Stadt-Rath. 238
Stadt-Recht, bricht Land-Recht. 24
Städte, kan man nicht wie die Vögel mit Pfeilen occupiren. 340
Stand, eines Menschen in Ansehung seines zukommenden Rechts ist hauptsächlich dreierlei. 836

Statu liber. 99
Status ciuilis iſt dreierlei. 225
— hominis naturalis et ciuilis. 81
— hominum, iſt unterſchiedlich, dergleichen auch actio praeiudicialis. 835. ſqq.
—, libertatis, familiae. 84
Staup-Beſen und Landes-Verweiſung, macht keine capitis deminutionem mediam aus. 230
Stech-Zettul, müſſen homines proprii löſen. 659
Steck-Briefe, werden wider die ausgetretenen Uebelthäter verſendet. 961
Sterquilinium. 394
Stief-Mütter, haben Anlaß gegeben, daß die Kinder erſter Ehe von ihren Vätern enterbet wurden. 495
Stigmata, ſeruis impreſſa, hat Conſtantinus Magnus abgeſchafft. 106
Stillicidium. 387
Stilus curiae. 76
Stipulatio. 650. 855. ſqq. wie ſie eingetheilet wird 652. ſq. gehet nur auf die Contrahenten. 653. wird bisweilen durch die verſprochene Sache unnütze gemacht. 666. desgleichen wenn ſie nicht recht eingerichtet iſt. 667
Stipulationes aedilitiae. 662
— inutiles. 663. ſqq.
— ſeruorum. 659
— ſind bei den Teutſchen entweder iudiciales oder conuentionales. 663
Stipulationes warum ſie bei den Teutſchen nicht gebräuchlich ſind. 655
— welche Perſonen ſie verbinden und nicht verbinden. 663. ſqq.
— wie ſie bei den Römern eingetheilet wurden. 660. ſqq.
Stock, wird über den Verurtheilten gebrochen, ehe er auf den Richt-Platz geführet wird. 959
Stoici, ob ſie den Thieren eine Vernunft zugeeignet haben. 42
Straffe am Gelde iſt bei den Teutſchen fructus iurisdictionis, und kein Kläger hat davon etwas zu hoffen. 819
Straff-Gewalt, der Obrigkeit erſtrecket ſich nicht auf die Boßheit der Gedancken. 776
Strand-Recht, Strand-Grund-Recht, welches in Schweden und Dännemarck üblich iſt. 349. ſq.
Strang, wird mit fünf Ducaten bezahlet. 790
Straſſen-Räuber, See-Räuber. 344
Stuprum. 945
Subſtituti, können diejenigen ſeyn, welche man zu Erben einſetzen kan. 518
Subſtitutio Iuſtinianea, exemplaris oder quaſi pupillaris. 523. ſq.
— militaris oder priuilegiata. 524
— pupillaris. 519. ſqq. eſt duplex teſtamentum. 523. gehet nur bis auf die Mannbarkeit. 522
— vulgaris. 516. ſqq.

*Succedi*ren, muß derjenige ab inteſtato, welchen der Verſtorbene am meiſten geliebt zu haben ſcheinet. 596
Succeſſio, iſt allemal reciproca. 605
— ab inteſtato, bei den alten Römern und nach der Juſtinianiſchen Erbfolge. 596
— adſcendentium. 603. ſq. bei den Teutſchen. 615. ſq. 619
— agnatorum et cognatorum. 607
— collateralium. 605. ſqq. der Teutſchen nach heutigen Recht. 616. 619. ſq.
— coniugalis. 607. ſq. bei den heutigen Teutſchen. 620
— deſcendentium. 598
— der alten Römer gründet ſich auf die Erhaltung der Familie. 597.
— der Kinder in capita. 599. und in ſtirpes. ibid.
— fiſci. 608. ſq. bei den Teutſchen. 618
— illegitimorum. 602
— legitima mutatur per teſtamentum et pacta. 459
— legitimatorum liberorum. 601
Sünde, kan mit der äuſſerſten Noth entſchuldiget werden. 780
Syndicus. 903
Syngraphe, bei Pacht und Verpacht. 704

T.

Tabelliones. 542
Taufe, ſetzte den Täufling aus der Knechtſchaft in die Freiheit. 103
Termini aetatis. 242
Teſtament der Eltern, worin die Kinder zu Erben eingeſetzet werden. 487
— kan erſt nach Verlauf der dreiſſig Tage eröffnet werden. 549
— muß aller Orten giltig ſeyn, wenn man dasjenige beobachtet hat, was in dem Lande, wo man ſie aufrichtet, dabei rechtens iſt. 79
Teſtament, zur Zeit der Peſt. 487. ſq.
Teſtamente, erlaubt man heutiges Tages auch denen, welche das Leben verwircket und die Todes-Straffe zu vermuthen, aber ohne zureichenden Grund. 494
— welche auf dem Lande oder in Dörffern gemachet werden. 488
— zu machen, war einigen Perſonen in poenam nicht erlaubt. 493
— zu machen iſt nicht widerrechtlich. 460
— ſind bei den Teutſchen in Gebrauch gekommen. 547
— was bei denſelben in Teutſchland rechtens ſey. 475. ſqq.
Teſtaments-Erben. 504. ſqq. warum ſie zu Rom ſubſtitutos erhalten haben. 518. ſq.
Teſtamentum, deſtitutum. 528. ſq. inofficioſum. 529. irritum. 526. militare. 480. nullum, iniuſtum. 525. principi oblatum, actis inſinuatum, poſterius imperfectum, piae cauſſae. 489. ruptum. 496. ſcriptum. 464
— quibus non eſt permiſſum facere. 489. ſqq.

Teſtamentum, war als vera lex anzuſehen und erforderte nicht ohne Urſach viel Weitläufftigkeit. 461
— warum es ſo vielen Solennitäten unterworffen ſey. 467
— was und wie vielerlei es ſey. 665. ſqq.

Teſtamentifactio, eſt iuris ciuilis Romani und auch iuris gentium. 490

Teſtamenti ſolemnitates internae et externae. 468. ſqq.

Teſtamenta, in procinctu. 480. ſq.
— militaria, warum ſie ſo ungebunden gemacht werden können. 484. ſq.
— nuncupatiua. 473. ſq.
— ordinanda. 458. ſqq.
— per aes et libram. 462. ſq.
— praetoria. 464
— quibus modis infirmentur. 525. ſqq.
— ſolemnia et minus ſolemnia. 480
— welche Theodoſius Iunior und Iuſtinianus eingeführet haben, ſind in den Römiſchen Alterthümern wohl gegründet. 464. ſqq.
— wurden wegen der fideicommiſſorum deſtituiret. 584

Teſtator, mußte entweder die Söhne zu Erben einſetzen oder ſie namentlich enterben. 495

Teſtatus, pro parte, pro parte inteſtatus nemo poteſt decedere. 214. 511

Teſtes quinque, warum ſie bei den legatis nöthig ſind. 553

Theil, die handhaft und überrächtig genennet wird, iſt noch heutiges Tages bekannt. 960
— worauf jemand nicht betroffen wurde, der ſonſt guten Leimundes war, konte durch das purgatorium abgeſchworen werden, ſonſt war purgatio vulgaris nöthig. 559

Theilen, Erbſchafts-Sachen. 753

Theodoſius und Iuſtinianus, haben zu Conſtantinopel Lehrer der Rechte, und der Weltweißheit verordnet. 291

Theophili Ueberſetzung der Inſtitutionen in die griechiſche Sprache, und wer Theophilus geweſen ſey. 17. 823

Thier, welches wild und gefangen iſt, erhält ſeine Freiheit, ſobald es entlauffen iſt. 344
— wenn es einen Menſchen ums Leben gebracht, oder nur verwundet hat. 900

Thiere, welche zahm oder zahm gemacht ſind, dürffen nicht a non domino occupiret werden. 343

Thieren, hat man eine Vernunft beigeleget. 42

Thonen-Stieg. 394

Tignum. 386

Titulus, ad transferendum dominium habilis. 374

Töchter der Landes-Verräther, können aus der Erbſchaft der Mutter und derer Anverwandten die legitimam erhalten. 508
— erben mit den Söhnen in Allodial-Gütern. 613

Töchter und Enckel konnten enterbet und übergangen werden, ohne eine Urſache zu melden. 496
— waren bei den alten Teutſchen von der Erbſchaft in unbeweglichen Gütern ausgeſchloſſen. 609. ſq.
Tortur, wie ſie in Teutſchland wieder aufgekommen ſey. 958
— welche geiſtlich genennet wird, dienet zu Abwendung des Meineides. 962

Traditio. 337. 368. ſqq. longa manu et breui manu. 373
— muß animo alienandi geſchehen, wenn man das Eigenthums-Recht andern überlaſſen will. 373. ſq.
— muß von dem wahren Eigenthums-Herrn geſchehen. 373
— per cornu. 372
— ſymbolica. 369. ſq.
— transferiret das dominium. 368
Traianus der Keiſer ließ die Häuſer zu Rom nicht über ſechzig Fuß hoch bauen. 389
Tribonianus, ob er wegen ſeiner Emblematum zu tadeln ſey. 14. ſq.
Tribuere. 885
Tribuni verfertigten ihre edicta mit dem Praetore. 236
— plebis, wie ſie in Rom mächtig worden ſind. 51
Trittſtu meine Henne, ſo biſtu mein Hahn. 89. 92
Tutela. 122. 202. ſqq. datiua. 235. in welchen Fällen ſie ſtatt findet. 239. eſt vel perpetua vel temporaria. 240
Tutela, feminarum iſt zu Triboniani Zeiten nicht mehr im Gebrauch geweſen. 205
— fiduciaria. 233. ſq.
— iſt ein Quaſi contractus, wie auch ein munus publicum. 205
— legitima. 218. ſqq.
— pactitia war nach Römiſchen Rechten nicht erlaubt, findet aber bei uns Teutſchen ſtatt. 209
— parentum legitima. 232. ſq.
— patronorum legitima. 231
— pupillaris. 204
Tutelae diuiſio. 208
— onus eſſe debet, vbicumque eſt ſucceſſionis emolumentum.
Tutor. 203. Atilianus. 235
— und Curator ſind unterſchieden. 258
— datur in ſubſidium a magiſtratu. 235
Tutoris auctoritas. 243. 247
— confirmatio cum inquiſitione et ſine inquiſitione. 216
— datio eſt actus legitimus. 238. 240
Tutori quid incumbat finita tutela. 254. ſq.
Tutores et curatores ſuſpecti 238. ſqq. 860
— teſtamentarii. 213. ſq.
Tutorum confirmatio. 215
— vel curatorum ſatisdatio. 269

U. V.

Vacatio bei den Römern. 79
Vadimonium. 863
Vater bei den Römern war iudex domesticus. 128
— einer Ehebrecherin iſt befugt, ſeiner Rachbegierde einiger maſſen wegen des Ehebruchs Genüge zu leiſten. 944
— hat ſeinen Sohn auf der Jagd getödtet. 133
— kan allein pupillariter ſubſtituiren. 521. ſq.
Väter, zu welcher Zeit ſie das ius vitae et necis über ihre Kinder verloren haben. 132
Väterliche Gewalt äuſſerte ſich nicht bei den öffentlichen Handlungen eines filii fam. 131
— erſtreckte ſich über die Kinder und alle nachfolgende Enckel. 130
— hat viele Veränderungen erlitten. 132. ſqq.
— hörete nach der Verordnung Iuſtiniani auf, wenn die Söhne eine gewiſſe Ehrenſtelle und Würde überkommen hatten. 192
— iſt bei den Teutſchen nicht iuris ciuilis, ſondern iuris gentium.
— iſt der Grund der Teſtamentlichen Vormundſchaft. 211. wie auch von der ſubſtitutione pupillari. 522
— wie ſie bei den Teutſchen aufgehoben werde. 197
— wurde vor Alters durch keine Würde aufgehoben, nemlich zu den Zeiten Romuli, ausgenommen in zwei Fällen. 195
Uebelthäter, der auf friſcher That betroffen wurde. 953. der zwar ertappet, aber ſich durch die Flucht darvon gemachet hatte. 954. der ſich nicht auf friſcher That hatte betreffen laſſen. ibid. der geächtet iſt, kan heutiges Tages nicht von jederman erſchlagen werden, wird aber pro confeſſo et conuicto gehalten. 961. hatte die Freiheit, ſich mit Zuziehung ſeiner Anverwandten und Freunde zu vertheidigen. 955. konnte zuweilen durch Bürgen auf freien Fuß geſtellet werden. ibid. mußte durch Zeugen überwieſen werden, und wurde, wenn er ſehr grauirt war, gar gefoltert. 957. welcher zwar angeklaget, aber abweſend war, wurde in die Acht erkläret und verbannet. 956
Ueberſchwemmung. 354
Venatio begreifft aucupium und piſcationem. 340. ſq.
Venditio liberorum imaginaria trina. 129
Veneficium. 947
Venia aetatis. 265
Verbannung der angeklagten Uebelthäter wurde von dem Graf oder Richter kund gemacht. 956
Verberare und pulſare. 807
Verbindlichkeit erlöſchet, wenn man

man leistet, worzu uns der Contrakt verbindet. 765
Verbindlichkeit, auf was für Art und Weise sie abgethan werde. 763. sq.
— konnte bei den Römern per tertium extraneum nicht erlanget werden. 762
Verbindungen gründen sich auf die natürliche Billigkeit, und auf ein factum obligatorium. 622. sq.
Verbrechen, und deren Verbindlichkeiten. 735. sqq.
— und Uebelthaten der Dienstbothen und Eigenbehörigen werden an den Thätern selbst bestrafft. 894
Vergleich, der mager ist, wird billig dem fettesten Proceß vorgezogen. 931
Verhaft und Auslieferung eines Uebelthäters. 954
Verjährung, bei welchen Sachen sie statt habe. 416. hält nach Sächsischen Land-Recht keinen Unterscheid zwischen praesentibus und absentibus. 913. trifft auch die rechtlichen Klagen. 911. was sie erfordere. 414. sqq.
Verkauf unterschiedener Sachen kan vom Landes-Herrn verboten werden. 690. sq.
Verkaufte Sache, auf wessen Gefahr sie stehe, und wer davon die Nutzung habe. 695. sq.
Vermacht können alle Sachen werden, die in commercio sind. 555
Vermächtnisse, was sie seyn. 549. sq.
— der Früchte. 555. sq.
— kan ein testator widerruffen und wieder zurück nehmen. 570
— wer solche überkommen könne. 554
— wer solche auszuzahlen habe. ibid. sq.
— wie sie erlöschen und ungiltig werden. 572. sq.
Vermiethen und verleihen. 713
Verna. 87.
Verpfändung der Sachen, welche andern zugehören. 642
Verräther des Vaterlandes, wie er bestraffet werde. 941.
Versäumniß-Gebühren. 799
Verschencket werden können alle Sachen, welche in commercio sind. 432. sq.
Verschnittene können nicht heurathen. 138
Verschweigung einer bevorstehenden Landes-Verrätherei ist wider den Huldigungs- und Lehns-Eid. 942. sq.
Versiegelung der beweglichen Sachen nach des testatoris Tode. 549
Verstorbener grosser Leute Güter, können sine ignominia verkaufft und verauctioniret werden. 118
Verstorbene, von wem sie begraben werden müssen. 857
Verti in rem, was es bedeute. 887

Verunglimpffung, geſchiehet entweder durch Schmäh-Worte oder durch eine Ehrenrührige That. 802

Verurtheilung, eines angeklagten Uebelthäters, geſchichet nicht allein in der Gerichts-Stube, ſondern auch vor den hochnothpeinlichen Halsgericht. 962

Verwandlung, eines Contrakts geſchiehet entweder mit oder ohne adſignation. 771

Via. 391. ſq.

Vicarius ſeruus. 449

Vieh, welches Schaden gethan hat, kan gepfändet werden. 897

Vielweiberei, hat nicht eingeführet werden können. 136

Vindicationes und condictiones, ſind unterſchieden. 821

Vindiciae. 824. 826

Vindiciret haben die Römer vor dem Richter auf eine beſondere Weiſe. 825. ſq.

Vindicius, hat die Conſpiration der Söhne Bruti entdecket. 103

Vindicta. 102

Vir et vxor ſuccedirten einander iure praetorio. 596

Vis bonorum raptorum. 791

— et poteſtas, was ſie in Erklärung der Vormundſchaft bedeuten. 204

— publica et priuata. 949

Vtciae. 510. ſq.

Ungeſtalt, Narben und Heßlichkeit, welche von einer Verwundung herrühren, werden nicht leicht in Erwegung gezogen. 799

Ungültig, an ſich kan nicht reſcindiret werden. 842

Vnio prolium. 187. ſq.

Unmündiger und Pfleg-Befohlner Güter erfordern Sicherheit. 271

— hat nicht perſonam ſtandi in iudicio. 751

— kan auch wider einen tertium poſſeſſorem, wegen des erlittenen Schadens, in integrum reſtituiret werden. 845. ſq.

— kan keine Erbſchaft ſine tutoris auctoritate antreten. 246. ſq.

— ließ an ſeine Statt einen ſeruum publicum mit dem neuen Vormunde ſtipuliren. 274. ſq.

— was für Klagen er nach geendigter Vormundſchaft anſtellen könne. 275. ſq.

Unmündige, tradiren nichts rechtmäſſig ohne Vollwort des Vormundes. 373

Unſchuld, wenn ſie bewieſen wurde, machte den Angeklagten von dem Bann loß. 957

Unterpfand, kan wegen anderer Schulden iure retentionis vorenthalten werden. 767

— wenn es von dem Eigenthums-Herrn dem creditori entwendet wird. 784

Unterpfänder, können res mobiles und immobiles, res propriae und alienae abgeben. 641

Unterpfänder zu Stellung der Caution. 908

Untüchtigkeit des Denuncianten und der Zeugen des criminis perduellionis wird nicht angeſehen. 942

Unverehlichte Perſonen wurden nicht gern in Rom geduldet. 280

Vollmacht, was ſie ſey. 734

Vollmachten können den procuratoribus auch nach der litis conteſt. wiederum abgefordert werden. 907

— welche gerichtlich und auſſergerichtlich ſind bei den Teutſchen. 741. ſqq.

Voluntas coacta eſt etiam voluntas. 758

Vorhergehendes, wer es für genehm hält, der muß ſich auch das daraus folgende gefallen laſſen. 745

Vormund, den die Mutter ihren Kindern im Teſtament geſetzet hat, kan von der Obrigkeit beſtättiget und auch verworffen werden. 211

— hat unterſchiedene Gewalt nach den unterſchiedenen Jahren ſeines Unmündigen. 242. ſq.

— iſt gehalten währender Minderjährigkeit, oder innerhalb der fatalium, die reſtitutionem in integrum ſeines Unmündigen ſelbſt zu ſuchen. 845

— kan den Unmündigen nichts abkauffen. 247

— kan mit dem crimine ſuſpecti nach ſeinem Tode nicht belanget werden. 305. ſq.

— kan in einem Teſtament benennet werden. 210

— konte an ſeine ſtatt in Vormundſchafts-Sachen keinen gerichtlichen procuratorem beſtellen. 267

— in Teutſchland ſetzt nach dem vierzehenden Jahr ſeines Unmündigen die Vormundſchafft fort, aber unter den Namen eines curatoris. 256. 264

— und Curator ſind in Teutſchen Rechten nicht unterſchieden. 267

— welcher im Teſtament geſetzet iſt, kan von dem Richter zur Caution angehalten werden. 273

— welcher ſich excuſiren und von der Vormundſchaft loswickeln will, muß von der Zeit ſeiner Beſtallung an vor alle Gefahr ſtehen, bis ſeine Entſchuldiguug für giltig erkannt wird. 296

— wird nicht über diejenigen geſetzet, welcher noch einen Vater hat. 208. 211

Vormundes Beſtellung bei der Obrigkeit bei den Teutſchen, wie ſie von der Römiſchen unterſchieden ſey. 240. ſq.

— Vollwort iſt bei den Teutſchen kein actus legitimus. 248

Vormünder, auf was für Art und Weiſe ſie in einem Teſtament ernennet werden. 212.

— haben bei den Teutſchen gröſſere Gewalt als bei den Römern. 248

Vormünder hörten auf, ihre Amt zu verwalten, wenn die unmündigen Manns-Personen vierzehen, und die Weibes-Personen zwölf Jahr zurück geleget hatten. 251. sq.
— in Teutschland müssen alle Jahre Rechnung ablegen. 256
— können in einem Testament von einem Vater benennet werden. 210
— können personis sui iuris nicht gesetzet werden. 212
— können von den Vätern über ihre Kinder ernennet werden, ob sie dieselben gleich enterbet haben. ibid.
— warum sie bei den Teutschen keine Caution zu bestellen haben. 277
— was für Caution sie zu bestellen haben. 270
— welche Caution zu bestellen verbunden sind. 271. sqq.
— welche dazu bestellet werden können. 205. sq.
— welche Personen keine abgeben können. 207
— welche verdächtig sind, können von jedermann angeklaget werden, nur nicht von den Unmündigen. 301. sq.
— wenn sie testamentarii oder legitimi sind, können von der Obrigkeit übergangen werden. 217. sq.
— werden den fremden nicht nach dem Römischen Recht gesetzet. 208
— werden hauptsächlich der Person eines Unmündigen, und nur beiläuffig dessen Güter vorgesetzet. 207
Vormünder werden von der Obrigkeit bestättiget. 215
— wie man mit denselben nach Teutschen Rechten verfahren, wenn sie wegen übler Verwaltung der Vormundschaft verdächtig sind. 306. sq.
— wie sie von den Legatis Proconsulum gesetzet worden. 239
— wurden von den Praetoribus bestellet. 236
— zu Rom, von welcher Obrigkeit sie sind gesetzet worden. 237. sq.
Vormundschaft. 202. sq. der Anverwandten, ob sie gut gethan sey. 219. der Mutter. 222. sq. der Teutschen, worin sie von der Römischen unterschieden ist. 216. sq. ist ein munus publicum, und ein Quasi contractus. 750. sq. ist der Erbschaft in den meisten Stücken ähnlich. 212. 214. was dabei nach Teutschen Rechten zu mercken ist. 297. sq. welcher Person dieselbe nicht anvertrauet werden kan. 294. sq. wie sie sich endige. 249. sq. wie sie vermieden werden könne. 278. sqq.
Vorsatz, welcher mit Boßheit verknüpfet ist, macht den Verbrecher straffbar. 780
Urkunden, Briefschaften, u. d. g. werden bei Theilung der Erbschaft nicht getheilet. 753
Urtheil und Rechtsspruch des Richters ertheilet nur in drei abgethanen Klagen

Klagen das Eigenthums-Recht. 939. wornach sie eingerichtet werden müssen. 938
Vsucapio. 337. sqq. bei welchen Sachen sie statt finde. 412. ist recht und billig. 411. sq.
— und praescriptio waren vor Iustiniano allemal unterschieden. 410. sq.
— und longi temporis praescriptio. 409. sq.
— welchen Personen sie zustehe. 413. sq.
— wird bei dem geschehenen Verlust eines abwesenden Eigenthums-Herrn rescindiret. 846
Vsurae centesimae. 748
Vsusfructus. 396. sq. auf was für eine Weise er eingeführet werde. 402. sq. bei welchen Sachen er statt finde. 400. sq. des Vaters an den bonis aduentitiis seiner Kinder braucht keine Caution zu bestellen. 400. ist von dem dominio vtili unterschieden. 397. wie er sich endige. 404. sq.
Vsufructuarius, muß dem proprietario Caution stellen. 399
Vsus et habitatio. 406. sqq.
Vti, was es heisse. 396. sq.
Vxoris, bona dotalia, et paraphernalia, sind in Teutschen Rechten nach ihren Unterscheide nicht gegründet. 403

W.

Wadius. 674
Waaren, werden bei entstandenen Concurs selbst von den Richter unter die creditores vertheilet. 886
Wechsel-Gelder, die man meu executionis bezahlen will, können füglich in Gerichten deponiret werden. 760
Wehr-Geld, Mann-Geld, Söhne-Geld. 801. 900
— muste ein Kerckermeister erlegen, wenn er den Gefangenen nicht vor Gericht stellen konte. 955
Weiber können adoptiren. 166
— können keine Vormünder abgeben, ausgenommen Mutter und Großmutter. 206
— können sich nicht verbürgen. 669
— müssen an statt der curatorum in Wechsel-Sachen einen Adsistenten annehmen. 262
— sind in Ansehung der Vormundschaft deterioris conditionis, als Pupillen. 203
— welche sich mit Knechten gemein machten, erlitten capitis deminutionem maximam. 227
Weibes-Personen, haben nach Teutschen Rechten patriam potestatem. 83
Werder. 355
Weide, oder bestellter Acker, welcher von fremden Vieh beschädiget ist. 897. 900. sqq.
Wild, das man angeschossen hat. 343
Wildfangs-Recht. 93
Wissenschaft des natürlichen und bürgerlichen Rechts, warum sie uns nöthig sey. 756. sq.

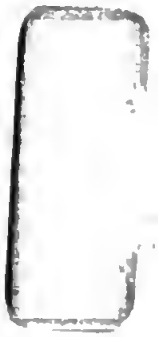
Wittfrau, ob ſie wiederum unter ihrer Eltern Gewalt komme. 90

X.

Xenia. 430
Xeniola. 429

Z.

Zahlung eines indebiti, wird zurückgefordert. 755
Zauberei und Hexerei. 947
Zaun-Gerichte, ſcheinen nichts anders, als iurisdictio patrimonialis zu ſeyn. 936
Zechen, vermittelſt welcher man res corporales übergiebet. 370. ſqq.
Zeit und Ort müſſen bei Abtragung der Schulden in Acht genommen werden. 766
— der Verjährung. 420
— von ſiebenten Jahr an bis auf pubertatem, werden in zwei gleiche Theile getheilet. 242
Zeugen bei den legatis und Codicillen ſind von den Zeugen bei Teſtamenten unterſchieden. 553. 594
— die ſonſt untüchtig ſind, werden bei der denunciation des criminis perduellionis zugelaſſen. 942
Tugnis, von ſieben Perſonen in peinlichen Sachen, war an ſtatt der Tortur. 958
Zinſen-Abtrag höret auf, ſobald man abrechnen kan. 763. ſq.
Zins-Güter und Erben Zins-Güter, waren ehemals nicht unterſchieden. 721. ſq.
Zins-Tafeln der Römer. 100. ſq.
Zurückſchiebung, der Schimpf-Worte, in wie ferne ſie in den Rechten gegründet ſeyn. 808
Zuſagen macht Schuld. 655
Zuſage, welche Perſonen dadurch nicht verbunden werden. 663. ſq.
Zuſammen-Verſchwörung, der Landes-Verräther, wird auch an denen beſtrafft, welche nur dazu gerathen, oder auch nur die Sache gewuſt und verſchwiegen haben. 942
Zweige von des Nachbars Baum, welche über unſern Boden reichen, gehören bei den Teutſchen uns zu. 364
Zwitter. 84. hatten bei den Sachſen keine Erbfolge. 614



00566926